RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR



No.2
Julio-Diciembre
2017

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.

RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 2
Julio-Diciembre 2017

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

QUITO, ECUADOR

2018

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

*El Comité Editorial de la RFJ se encuentra integrado por los miembros del Equipo de Gestión Editorial y el Consejo Editorial. El Consejo Editorial asume la responsabilidad académica de la revista y se encuentra conformado exclusivamente por docentes e investigadores externos a la PUCE.

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec

Quito, Ecuador, 2018
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR

RFJ

Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 2
Julio-Diciembre 2017

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Efrén Guerrero Salgado, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A él debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. Se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta se encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los documentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección RFJ

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como alma mater del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Renata Melissa Yunda López, René Gálvez Degado, Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Así mismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Efrén Guerrero Salgado
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

Elección Pública y el Consenso de Washington: El Caso de la Constitución Peruana

Public Choice and the Washington Consensus: The Case of the Peruvian Constitution

Dr. Oscar Augusto Súmar Albujar, PhD (Berkeley University)
Profesor de la PUCP e Investigador Jurídico

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 37-65, ISSN 2588-0837

RESUMEN: en este artículo, el autor analiza si la Constitución peruana es, como comúnmente se la conoce, la Constitución más neoliberal de la región de América Latina. Para eso, estudia la influencia del Consenso de Washington en la reforma de la Constitución peruana de 1993. También estudia otros factores en esa reforma, en particular lo que él llama el "otro consenso", que persigue otros objetivos, la mayoría de los sociales. Después de eso, identifica cómo se implementó la reforma, con especial énfasis en la influencia de la Corte Constitucional en Perú. Finalmente, y utilizando la teoría de la opción pública, analiza tres casos que le permiten concluir que la Constitución peruana no responde a una ideología particular, sino a valores mixtos que pueden ser utilizados por los grupos de interés de manera oportunista.

PALABRAS CLAVES: Elección Pública, Concenso de Washington, Constitucionalismo peruano, incentivos, Derecho y nomía.

ABSTRACT: in this article, the author analyses if the Peruvian constitution is, as it's commonly referred, the most neoliberal constitution of the Latin American region. For that, he studies the influence of the Washington Consensus in the reform of the Peruvian constitution of 1993. He also studies other factors in that reform, in particular what he calls the 'other Consensus', which pursuits other –most social– objectives. After that, he identifies how the reform was implemented, with special emphasis in the influence of the Constitutional Court in Peru. At last, and using the theory of public choice, he analyses three cases that let him conclude that the Peruvian constitution does not respond to a particular ideology

but rather to mixed values that can be used by interest groups in an opportunistic manner.

KEY WORDS: Public Choice, Washington Consensus, Peruvian Constitutionalism, insentive, law and economics.

INTRODUCCIÓN

Desde su aprobación por un gobierno autoritario, la Constitución peruana ha estado bajo ataque. Por ejemplo, en la última elección presidencial en Perú, los candidatos de los partidos socialistas propusieron la promulgación de una nueva Constitución[1]. Actualmente, 29 propuestas de cambio están en debate en el Congreso Nacional[2]. Aún más, un proceso constitucional se llevó a cabo en el año 2003 para declarar a la propia Constitución inconstitucional[3].

Gran parte de la crítica se debe al espurio origen de la Constitución, pero también a su contenido, especialmente en el capítulo económico. Asimismo, es el producto de un golpe de Estado perpetuado por Alberto Fujimori para ganar la mayoría del Congreso y, luego, implantó –para la mayor parte de las personas comentando la materia– un sistema económico neoliberal como una consecuencia de la presión de las organizaciones financieras internacionales a través de un proceso ahora conocido como el “Consenso de Washington”.

En general, se ha dicho que el Consenso de Washington tuvo una gran influencia en la reforma constitucional en la región. Perú, en particular, se dice que tiene la Constitución más liberal de todas.

Aquí argumentaremos que esto no es enteramente cierto. Es verdad que Perú emprendió grandes reformas económicas, al conducir a una estabilización macroeconómica y privatización, pero, al mismo tiempo, Perú también comenzó a regular su Economía más

1 Por ejemplo, Verónika Mendoza (quien terminó tercera en la elección presidencial) hizo del cambio constitucional un tema importante de su campaña. Ver: El Comercio. 7 de abril. 2016.

2 Ver: <http://www.proyectosdeley.pe>

3 STC No. 014-2003-AI, en donde el Tribunal declaró que la Constitución no podría ser declarada inconstitucional por la falta de un parámetro para juzgar su propia constitucionalidad.

fuertemente y reconoció Derechos sociales. Adicionalmente, las Constituciones no son documentos estáticos –estas cambian gracias a las interpretaciones de los actores relevantes, en particular en el reconocimiento de los Derechos sociales.

Además, el Consenso en sí mismo no es un reflejo de políticas neoliberales. Los proponentes del Consenso eran críticos acerca de los resultados, y sugirieron algunos cambios, en particular en el área de las instituciones y los Derechos sociales[4]. Aún más, la reforma fue un proceso complicado, en donde actuaron más de una fuerza política, inclusive los activistas progresistas. La explicación de esto radica en la dinámica del proceso regulatorio en general y el cambio regulatorio en particular. La *Public Choice* es particularmente útil en explicar el resultado en este caso. La regulación ha sido popularmente vista como la imposición de políticas a las empresas privadas en contra de su voluntad. Pero, en la práctica, la regulación no contiene a las empresas; en realidad, estas buscan ser reguladas[5].

La teoría de la Public Choice afirma que –en la arena política– los humanos actúan como maximizadores, como en cualquier otro campo; o, por lo menos, el asumir que los humanos actúan como maximizadores en la arena política es igual de útil que asumir que son maximizadores cuando actúan en mercados tradicionales. Las implicaciones de esta declaración son contradictorias con los postulados de las teorías del "interés público", porque ahora podemos asumir que los políticos y las empresas actúan de manera oportunista en relación con la regulación económica. Hoy, existe un gran consenso acerca de esto, pero ciertas áreas son tradicionalmente excluidas de esta "lógica", como el medio ambiente y el laboral[6]. Podemos agregar al "Derecho Constitucional" a la lista. Sin embargo, una Constitución no está exenta del proceso

---

4 Williamson, J. (2003) Overview: An Agenda for Restarting Growth and Reform. En: Kuczynski, Pedro-Pablo y John Williamson (editores). *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*. Washington D.C.: Institute for International Economics.

5 Mcchesney, F. (2001) Rent seeking and rent extraction. En: Shughart II, William F. y Laura Razzolini (editores). *The Elgar Companion to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar. 2001. 380.

6 Murphy, D. (2004) The Business Dynamics of Global Regulatory Competition. En: Vogel, David y Robert A. Kagan (editores). *Dynamics of Regulatory Change: How Globalization Affects National Regulatory Policies*. California: University of California Press. 88.

político. Sabemos desde Beard[7] que una Constitución es también el resultado de restricciones y presiones económicas. El proceso político implica la participación de tanto empresas como el Estado. En el caso de la Constitución peruana, esta fue “liberalizada” en el sentido en que ayudó a privatizar grandes porciones de la Economía, pero también trajo regulaciones y Derechos sociales. Esto sugiere que el proceso es más fácilmente explicado como una negociación entre intereses políticos y comportamientos oportunistas de potenciales beneficiarios del proceso de privatización, más que de una búsqueda pura de un cielo neoliberal en América Latina.

En la primera parte, describiremos el Consenso de Washington y la transformación política y económica de la región. En la segunda parte, mostraremos cómo estas ideas e instituciones fueron reflejadas en los textos constitucionales. En la tercera parte, mostraremos cómo estas provisiones constitucionales afectaron la realidad y fueron cambiadas a través de la práctica constitucional, especialmente por las decisiones del Tribunal Constitucional peruano. Finalmente, presentaremos tres casos para demostrar que la Constitución peruana puede ser más fácilmente explicada en los términos de la *public choice*, más que en la búsqueda ideológica de una Economía neoliberal.

1. EL CONSENSO DE WASHINGTON Y EL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

1.1. Dos grandes reformas en América Latina (1980-2000)

Se ha dicho que, empezando en los ochenta, dos grandes reformas tuvieron lugar en América Latina: una fue el cambio de casi todas las Constituciones y una reforma económica que condujo a algunos países latinoamericanos a abrir sus mercados, desregular, estabilizar su política monetaria y privatizar[8].

7 Beard, C. (1921) An Economic Interpretaion of the Constituion of the United States. Nueva York: The Macmillan Company. 1921.

8 Uprimny, R. (2007) Agendas económicas de modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros. En: RIVERA, Martha Lucía y Diego Arisi (editores). Los procesos de control estratégico como pilares de la modernización del Estado. Bogotá: Procuraduría General de la Nación/ Banco Interamericano de Desarrollo.

En el primer caso, casi todo país en América Latina cambió su Constitución en el período entre 1980 y 2000: Brasil (1998), Colombia (1991), Paraguay (1992), Ecuador (1998 y 2008), Perú (1993) y Venezuela (1999). Además, algunos países tuvieron grandes reformas: Argentina (1994), México (1992), Chile (2000) y Costa Rica (1989).

Antes de 1980, la mayoría de países latinoamericanos tenían regímenes autoritarios y economías falladas. Además, tenían una gran deuda internacional[9]. Ingresaron a reformas económicas bajo la presión de organizaciones internacionales; por su falta de capacidad de pago y la necesidad de recibir nuevos préstamos. En países como Chile y Argentina, donde la reforma comenzó bajo dictaduras, los propugnadores de la reforma fueron conocidos como los "Chicago boys", porque la mayoría de ellos eran estudiantes de posgrado de Chicago, bajo la influencia de profesores como Milton Friedman.

En el caso de Perú, su economía se hundía cuando Alberto Fujimori tomó la presidencia en las elecciones de 1990. La inflación era enorme y el expresidente Alan García había anunciado su intención que Perú dejase de pagar la deuda extranjera. Además, la inversión extranjera era alrededor de 26 US$ millones en 1980, comparado a 2 y medio billones en 1995. Todo esto, sin mencionar la crisis política y social debido al ascenso del terrorismo en esos años.

Dada esta situación, Fujimori consideró sentarse con representantes del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, quienes le solicitaron emprender ciertas reformas conocidas como las "prescripciones" del Consenso de Washington.

Para ello, Perú empezó reformas estructurales, así como una estabilización macroeconómica y la apertura de los mercados[10]. Estas medidas fueron tomadas por el "consejo" de las instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial[11].

9 George, S. (1988) A Fate Worse than Debt: The World Financial Crisis and the Poor. Nueva York: Grove Press. 1988. 30-31.

10 Terrier, G. (1997) et al. Peru: Selected Issues. International Monetary Fund. 2007.

11 Stokes, S. (1997) Democratic accountability and political change. Economic policy in Fujimori's Peru. En: Comparative Politics 29. 1997. 217.

1.2 Dos relatos de la reforma: Del Consenso al Anticonsenso

Es común referirse al Consenso de Washington como una agenda ideológica válida para todo tiempo y lugar, supuestamente impuesta a todos los países. Esta agenda sería una del neoliberalismo, es decir, el conjunto de ideas emanadas de la Sociedad Mont Pelerin y desarrolladas principalmente por Milton Friedman y Friedrich Von Hayek, implementadas luego hasta cierto punto por los gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher.

Como sostiene Williamson, sin embargo, este término habría simplemente sido usado para significar la agenda conservadora de ambas administraciones, sin distinguir entre aquellas cosas que sobrevivieron a estas (como la globalización y la privatización) y aquellas que fueron deshechas sin contemplaciones cuando sus períodos terminaron (como el monetarismo y la economía de la oferta y la creencia en un gobierno minimalista).[12]

Aparte de esto, las preocupaciones acerca de los problemas en la distribución del ingreso en la región emergieron luego del Consenso, después de darse cuenta que una de las causas del fracaso del Consenso en algunos países latinoamericanos se debió a que las políticas siguieron enfocadas en acelerar el crecimiento, y no en crecimiento más equidad[13]. Por ello, una “nueva agenda” fue sugerida, una que incorpore una reforma y un fortalecimiento de las instituciones públicas y de la redistribución del ingreso, especialmente en áreas como educación, pobreza, salud e infraestructura.

Sin embargo, era claro que la solución no era abolir la Economía de mercado, sino el dar acceso a los pobres a activos que les permitieran hacer y vender cosas que otros estén dispuestos a comprar.

---

12 Williamson, J. (2003) Appendix: Our Agenda and the Washington Consensus. En: Kuczynski, Pedro-Pablo y John Williamson (editores). *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America.* Washington D.C.: Institute for International Economics. 2003. 326.

13 Williamson, J. (2003) *Overview: An Agenda for Restarting Growth and Reform*. 6.

1.3 Expresiones constitucionales del Consenso

Existió también una expresión constitucional de la liberalización política de las economías de Estados Unidos y del Reino Unido bajo los gobiernos de Reagan y Thatcher (respectivamente), caracterizado por autores como Tushnet[14] como la "nueva orden constitucional". La nueva orden fue también difundida a las Constituciones de América Latina.

Si bien no hay uniformidad en la adopción del Consenso en Latinoamérica, es generalmente asumido que la Constitución peruana de 1993 es una clara expresión del Consenso. En ese sentido, Uprimny dice que, si bien no es fácil hallar una tendencia común en las Constituciones, la Constitución peruana tiende a contener más mecanismos promercado, mientras que textos como el ecuatoriano y el boliviano fortalecieron el rol del Estado en la economía, inclusive con tendencias anticapitalistas[15].

De acuerdo con algunos autores, la Constitución peruana no solo adoptó las prescripciones, sino que también erradicó, al mismo tiempo, varios de los elementos sociales de la Constitución de 1979[16]. En el mismo sentido, Kresalja y Ochoa señalan que el Perú pasó de un Estado intervencionista, proveedor, productor y planificador en los setenta, a un Estado mínimo en los noventa[17]. Se debe añadir que la mayoría oficialista en el Congreso Constituyente dejó clara su posición de un neoliberalismo radical, a la par que, con ello, la privatización general de la vida económica quedó sentada en el texto constitucional de 1993.

Como demostraremos luego, esta afirmación no es enteramente cierta. Como el propio Consenso de Washington, la Constitución peruana –como otras Constituciones latinoamericanas– tiene dos lados, o dos historias, que deben ser vistas al mismo tiempo para comprender el significado real del texto. En ese sentido, Gargarella señala como las Constituciones no solo adoptaron las prescripciones del

14 Tushnet, M. (2004) T*he New Constitutional Order*. Princeton: Princeton Univeristy Press.

15 Uprimny, R. (2011) The recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and Challenges. En: *Texas Law Review 89*. 2011. 1594.

16 Pisarello, G. (2012) Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012. 186.

17 Kresalja, B. y Ochoa, C. (1993) *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2013. 54.

Consenso, sino también reconocieron una amplia gama de Derechos sociales, llegando a desarrollar una interesante e imaginativa práctica de aplicación judicial de dichos Derechos sociales[18].

En efecto, los capítulos económicos de las Constituciones latinoamericanas sí incluyeron una fuerte protección de Derechos sociales. Parte de esta protección vino de las propias reformas, y otra fue desarrollada a través de la práctica judicial y el ingreso a tratados internacionales. En las últimas décadas, según Saffon, las políticas neoliberales y la protección judicial de los Derechos sociales coexiste alrededor del mundo. De hecho, el punto de quiebre entre las ideas y políticas neoliberales, y otras posiciones democráticas liberales igualitarias, sería la discusión sobre la protección de los Derechos sociales[19].

El Consenso, entonces, tuvo más de una agenda. La primera agenda, llamada la "reforma de primer piso", consistió en diez prescripciones que fueron, en efecto, seguidas por la Constitución peruana[20]:'

18 Gargarella, R. (2014) Latin American Constitutionalism: Social Rights and the 'Engine Room' of the Constitution. En: *Notre Dame Journal of International and Comparative Law 4*. 2014. 16.

19 Saffon, M. (2007) Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court. En: *Seattle Journal of Social Justice 5*. 2007.

20 Para hacer el cuadro que sigue hemos empleado el "Constituye Project" (https://www.constituteproject.org), que compara Constituciones alrededor del mundo.

Prescripción	Provisión Constitucional	Comentario
Endeudamiento	Los artículos 75º, 76º, 77º y 78º establecen que el endeudamiento tiene que estar especificado en un acto y que todo gasto público debe seguir un procedimiento. El principio de equilibrio económico es reconocido en la Constitución.	Estos artículos restringen el endeudamiento por la aprobación del Congreso, en la gran escala. En la corta, ningún gasto puede ser hecho sin seguir un procedimiento legal.
Redirección del gasto público	Los artículos 9º al 13º priorizan el gasto del Estado a áreas como educación, salud e infraestructura. La undécima disposición final de la Constitución dice que todo nuevo Derecho que demande gasto debe ser aplicado en una manera progresiva (no automática).	La Constitución no restringe las políticas sociales, pero las reorienta a los más destacados problemas sociales y, de esta forma, las ordena. Además, "progresivo" significa que incluso cuando los Derechos sociales no pueden ir hacia atrás, estos son un principio "aspiracional", no una realidad que puede ser demandada ahora.
Reforma fiscal	El artículo 74º establece que todo tributo tiene que estar en un acto y no puede tener un efecto confiscatorio.	Además en la reforma fiscal, la separación de poderes tiende a ser la garantía de orden y estabilidad en las finanzas del Estado.

Privatización de empresas nacionales	El artículo 60º establece que solo por interés nacional el Estado podría actuar como un empresario privado.	El principio de "subsidiariedad" está representado en este artículo. Esto significa que el Estado tiene que elegir las vías que restrinjan menos la Economía para alcanzar sus fines. Esto incluye, sobre todo, que las empresas estatales sean relegadas a un segundo plano.
Desregulación	Los artículos 58º y 62º reconocen el Derecho a la libre empresa, al lado de la libertad de contratar. También en el artículo 62º, el Estado tiene el poder de hacer contratos con las formalidades de una ley del Congreso (contratos-ley). El artículo 60º establece también que la actividad indirecta del Estado en la regulación tiene un segundo plano, subordinado a la libertad de mercado.	El Perú es un pionero en el reconocimiento de la libre empresa como un Derecho fundamental. El artículo 60º pueda también ser interpretado como una manera de relegar la regulación a un segundo plano. Así, el rol del Estado es el incentivar y controlar, pero no el alterar las condiciones del mercado o de planificar la Economía.
Derechos de propiedad	El artículo 70º establece que los Derechos de propiedad son sacrosantos.	Esto es alcanzado al establecer un proceso de expropiación, que reconoce el Derecho a ser compensado si el gobierno toma tu propiedad.

Perú no solo siguió las prescripciones, sino que fue más allá. Perú es innovador en reconocer el Derecho a la "libertad de empresa" como un Derecho fundamental; el principio de "intervención subsidiaria del Estado"; y, los contratos-ley a nivel constitucional.

Solo Montenegro[21], Serbia[22] y Ucrania[23] son tan claros como Perú en reconocer el Derecho constitucional a la "libertad de empresa". En Perú, este Derecho es reconocido al lado de los Derechos a la libre competencia, contratos, Derechos de propiedad y otros Derechos económicos. Además, los Derechos económicos son exigibles a nivel constitucional y tienen el mismo nivel de protección e importancia que los Derechos políticos.

El reconocimiento expreso del "principio de subsidiariedad" como una manera de restringir la propiedad estatal es algo distintivo de nuestra Constitución de 1993. De acuerdo con este principio, el Estado solo puede tener empresas si el sector privado no tiene incentivos para proveer un servicio o si existe un problema de equidad. En la región, solo Chile[24] tiene algo similar; e Italia[25] a nivel global. Ninguno de ellos, sin embargo, ha dado al principio el significado exacto que caracteriza a la Constitución peruana[26].

En el caso de los contratos-ley, Perú es el único país en el mundo que tiene esto a nivel constitucional, como fue dicho por nuestro Tribunal Constitucional.

---

21 Artículo 59º de su Constitución.

22 Artículos 82º y 83º de su Constitución.

23 Artículo 92º, sección 8 de su Constitución.

24 Artículo 1º de su Constitución.

25 Artículo 118º.

26 Otros países tienen la palabra "subsidiariedad" pero en relación a competencias territoriales, al nivel europeo (el caso de Alemania) o local (el caso de Colombia).

1.4 El “otro Consenso” y la Constitución peruana

Como ya hemos mencionado, el Consenso tiene otro aspecto: reformas de segundo piso y, también, una motivación social. La Constitución peruana, en consecuencia, es también una expresión de este otro Consenso.

En términos más específicos, esta agenda incluyó: (i) una más robusta separación de poderes; (ii) descentralización; (iii) Derechos sociales –progresivos–; (iv) pluralismo; y, (v) protección ambiental y al consumidor. Estas categorías han sido escogidas a base de los tipos de Derechos y controles democráticos usualmente reconocidos por los tratados internacionales[27] en la región y por autores en la materia como Kresalja y Ochoa[28], y Flores[29].

27 Como la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

28 Kresalja, B. y Ochoa, C. (1993).

29 Flores Nano, L. (2015) *La Economía Social de Mercado – presente, pasado y futuro*. Lima: Pacífico Editores.

Agenda	Provisión constitucional	Comentario
Separación de poderes	Los artículos 201º, 84º y 177º crearon nuevos poderes como el Tribunal Constitucional, el Banco Central y el Jurado Electoral.	En el caso de Perú y de la mayoría de países latinoamericanos, nuevos actores ingresaron a la escena: el Tribunal Constitucional, el Banco Central y el Jurado Electoral. Estos organismos son completamente independientes de los tres poderes tradicionales del gobierno. Todos estos tres han jugado un rol en formar el proceso político. El Tribunal Constitucional es un actor clave en el proceso político, al ser algo como un "congreso negativo". A su vez, el Banco Central es independiente en las materias relacionadas con el proceso monetario, que es una novedad en un país como Perú donde la política monetaria ha sido usada con criterios políticos. Finalmente, el Jurado Electoral tiene la última palabra en materias relacionadas con las elecciones. aparte de esto, el Poder Ejecutivo tiene más controles ahora, y sus poderes discrecionales han sido limitados.
Descentralización	Los artículos 188º y siguientes establecen que nuestro gobierno es descentralizado.	Este proceso es incompleto en Perú. Por ahora, no hemos implementado el proceso de descentralización encargado por la Constitución de 1993.

Derechos sociales	El artículo 58º establece que el gobierno actúa especialmente en las áreas de trabajo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Todo el capítulo 2 (artículos 4º y siguientes) desarrolla esto en detalle.	La búsqueda de "eficiencia", claramente, no es la única –y probablemente no es el más importante– objetivo del gobierno. Todos los poderes actúan para promover la equidad, dando subsidios a las personas pobres o al reconocer Derechos "fundamentales".
Pluralismo	El artículo 60º dice que el Estado reconoce el "pluralismo económico". El artículo 149º dice que las comunidades nativas tienen el Derecho a lidiar con sus propios problemas judiciales. El artículo 2º inciso 19 dice que toda persona tiene Derecho a su autenticidad étnica.	Actos como el que reconoce el Derecho a ser consultado antes de la explotación (o equivalentes) de recursos naturales si eres una comunidad nativa y vives en una tierra que puede ser afectada por el proyecto son una señal de interés del gobierno en –al menos formalmente– enfrentar el problema del pluralismo. En adición, las comunidades nativas tienen el Derecho a decidir sus propios casos, de acuerdo a su antiguo Derecho y a organizar su Economía y vida política de acuerdo a sus valores.
Protección ambiental y al consumidor	El artículo 66º establece que el gobierno tiene el deber de preservar el medio ambiente. Además, esos recursos naturales son de propiedad del Estado.	La Constitución peruana es pionera en la protección del ambiente y al consumidor al nivel constitucional. Desde la promulgación de la Constitución de 1993, existen instituciones específicamente dedicadas a esas áreas.

En términos más generales, la Constitución peruana reconoce el principio de "Economía social de mercado", que significa que tenemos un sentido de comunidad, de justicia social, y de equidad que es más importante que la búsqueda egoísta de ganancias individuales.

La Constitución trata de lograr esto a través de tanto un aspecto orgánico como uno sustancial. El primero está relacionado con la división del poder, tanto en el centro como en términos de descentralización. La parte sustancial tiene que ver con el reconocimiento de valores y Derechos más allá del de la eficiencia –inclusive en el campo económico–.

2. IMPACTO EN LA REALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

2.1. Privado pero regulado

Antes de 1993, las telecomunicaciones, la electricidad y la explotación de minerales eran –en su mayoría– negocios estatales en Perú. Luego de la promulgación de la Constitución de 1993, la mayoría de las antiguas utilidades públicas fueron privatizadas. La primera fue Telefónica del Perú, en 1994. Para dicho propósito, instituciones como PROINVERSIÓN[30] fueron creadas.

Queremos notar que la Ley de Privatización fue aprobada en 1991, incluso antes de la promulgación de la Constitución. Sin embargo, ninguna privatización fue hecha antes de la Constitución, por lo que –aparentemente– la Constitución jugó un rol en cambiar el equilibrio de poderes al permitir al gobierno llevar a cabo sus reformas[31].

En el caso de la estabilidad monetaria, la Constitución jugó también un gran rol, dado que creó un banco central independiente, capaz de ordenar la Economía peruana. Esto es verdad también en el caso de abrir la Economía peruana al libre comercio. Normas como la de los "contratos-ley" son únicas de la Constitución peruana y son constantemente usadas por las empresas para asegurar sus inversiones, al lado de otras provisiones.

En otros aspectos, como regulación, es más difícil ver la influencia de la Constitución. Antes de la Constitución de 1993, la Economía pe-

30 Acrónimo para Agencia de Promoción de la Inversión.

31 Ortís de Cevallos, G. (1999) et al. La Economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones. *Inter-American Development Bank Working Paper R-348.*

ruana era pequeña y, en su mayor parte, estatal. En un escenario como ese, no hay necesidad de regulación económica.

La Economía estatal tradicional cambiaría radicalmente a un sistema de libre empresa. En consecuencia, cuando la Economía peruana fue privatizada y abierta al mundo, una necesidad por la regulación emergió. Por esto, la Economía peruana fue de "estatal" a "en su mayor parte privada pero regulada". Al ser así, es difícil ver cómo la Constitución ha ayudado a desregular la Economía.

En general, sin embargo, el balance en disminuir el grado de intervención del gobierno es positivo. Primero, la Constitución tiene mecanismos procedimentales y sustantivos que ayudan a desregular –o parar– las regulaciones. Por otro lado, una Economía privada pero regulada es más libre que una estatal.

2.2. El rol del Tribunal Constitucional

Como bien señala Elster[32], el impacto de una Constitución en la Economía no depende, simplemente, del texto de la misma, por 3 razones. En primer lugar, los acuerdos constitucionales no están siempre explícitamente establecidos en una Constitución. Algunos países ni siquiera tienen una Constitución en sentido formal (el Reino Unido, por ejemplo). En segundo lugar, las Constituciones pueden ser eficaces o ineficaces. Algunos de los regímenes más represivos en el mundo tienen una larga lista de Derechos fundamentales. Como decimos en Perú, algunas normas son simplemente "palabras muertas". Hablar es barato y así lo es también escribir una declaración de Derechos. Lo mismo aplica para otros compromisos constitucionales. En tercer lugar, el texto de la Constitución está "vivo" en cierto sentido, más aún cuando existen cortes constitucionales, que es actualmente el caso de Perú.

En Perú, el significado de la Constitución es decidido, en gran medida, por las decisiones del Tribunal Constitucional. En este contexto, por ejemplo, el Tribunal peruano ha establecido que los "contratos-ley" tienen límites Constituciones: p.e., el gobierno necesita una justificación para contraer estos acuerdos, y el contenido de los mismos está sujeto a escrutinio constitucional (STC No. 0003-2001-AI).

32 Elster, J. (1994) The impact of constitutions on economic performance. En: *The World Bank Economic Review 8*. 1994. 210.

La influencia del Tribunal Constitucional en desarrollar la "segunda ola" de la agenda del Consenso de Washington puede ser vista –al menos– en tres áreas:

i. El reconocimiento de Derechos sociales más allá del alcance de la Constitución;

ii. Una interpretación pro intervención estatal de las provisiones constitucionales (neo)liberales; y,

iii. Un tratamiento indulgente de la regulación económica en general.

2.3. El reconocimiento de Derechos sociales más allá del alcance de la Constitución

De manera similar al caso colombiano, incluso cuando nuestra Constitución de 1993 tiene algunas provisiones que pueden ser interpretadas como neoliberales, el Tribunal Constitucional ha tenido un rol en la protección de Derechos sociales que sobresale frente a su rol en otras áreas de la vida social. El Tribunal inclusive ha reconocido algunos Derechos que no están explícitamente considerados en el Constitución, como el Derecho al agua (STC No. 06534-2006-PA).

En relación con Colombia, Saffon señala que, desde su creación en 1991, la Corte Constitucional de Colombia ha activa y progresivamente defendido la protección de Derechos sociales, al constituir una efectiva resistencia a las políticas neoliberales implementadas en Colombia. Así, mientras que el gobierno colombiano privilegiaría la orientación neoliberal de ciertas cláusulas constitucionales, la Corte enfatiza la importancia de la protección de los Derechos constitucionales, al imponer considerables limitaciones a las políticas neoliberales[33].

El caso peruano es similar pues el Tribunal tiene una aproximación progresiva a los aspectos económicos, siempre remarcando el hecho que nuestra Constitución no privilegia los aspectos económicos sobre la dignidad de las personas.

33 Saffon, M.

2.4. Una interpretación pro intervención estatal de las provisiones constitucionales (neo)liberales

Como ilustraremos luego, la Constitución de 1993 tiene una prohibición sobre los monopolios legales. Sin embargo, el Tribunal ha establecido que a una firma anteriormente estatal se le podría conceder un monopolio legal.

Además, incluso cuando la Constitución tiene un principio de intervención subsidiaria del Estado como empresario, el Tribunal nunca ha cuestionado el hecho que el gobierno actúe como empresario en áreas como provisión de agua, educación y salud. La única vez que una empresa estatal fue cuestionada, fue en un caso ante Indecopi, una agencia administrativa (Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI), pero no por el Tribunal Constitucional.

2.5. Un tratamiento indulgente de la regulación económica en general

En general, el Tribunal tiene un tratamiento indulgente de la regulación económica. Ello se puede ver en casos en donde el Tribunal es muy flexible en la interpretación de las metas de leyes como la "Ley Universitaria", en donde "tener un objetivo constitucional" (STC No. 0014-2014-PI, No. 0016-2014-PI, No. 0019-2014-PI y No. 0007-2015-PI) era justificación suficiente para una política.

Hemos revisado cerca de 400 sentencias del período 2000-2010, en donde el Tribunal ha usado el "test de proporcionalidad" para analizar la constitucionalidad de cientos de leyes del Congreso. El test consiste en tres partes, al constituir el "análisis de costos y beneficios" la tercera –y probablemente la más complicada y técnica–.

Hemos de notar que, en esos 400 casos, la tercera parte del test nunca fue usado ¡incluso cuando la ley pasó los dos primeros subtests![34]

En adición, la relación entre el Tribunal y las otras ramas del gobierno no siempre garantizan una óptima resolución de los casos que envuelven regulación económica. En algunos casos, el Tribunal ha

34 Súmar, O. (2012). Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: un análisis estadístico y econométrico. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 5.

ayudado al gobierno a aplicar regulaciones económicas, como en el caso de los casinos, donde el Tribunal ayudó al gobierno a superar las decisiones de los jueces independientes que se opusieron a la regulación en casos particulares (STC No. 006-2006-PC). Incluso en casos donde el Tribunal se ha opuesto a regulaciones económicas, el Congreso y el Poder Ejecutivo han insistido en aprobar las leyes, al hacer el fallo del Tribunal irrelevante[35].

De esto podemos afirmar que, en general, el Tribunal se basa en la habilidad de las otras dos ramas del gobierno en justificar adecuadamente sus regulaciones económicas, y no tiene suficiente poder para oponerse al gobierno cuando no.

3. TRES CASOS DE OPORTUNISMO Y REFORMA

Ahora vamos a intentar una explicación de por qué la Constitución de 1993 no promueve valores neoliberales como es regularmente afirmado. Creemos que la explicación reside en la teoría general de la *public choice*. La Constitución, como cualquier otra norma, no fue creada con un genuino interés en lograr alguna meta social, sino principalmente para promover intereses personales, reflejando intereses que ya prevalecían en dicho contexto y la anticipación de un escenario favorable para actuar de manera oportunista en el futuro.

Como ya hemos dicho, la reforma constitucional en Perú no fue, ante todo, promovida por un genuino deseo de promocionar valores "libertarios". Como cualquier proceso regulatorio, el factor relevante es la búsqueda de ganancias personales por grupos de interés. Los reformadores en Perú usaron la Constitución de tres maneras para obtener beneficios, todas predichas por Stigler[36]: (i) restringida entrada a

---

35 Aquí es interesante notar que incluso cuando el Tribunal declaró, en un primer caso, que un decreto (Decreto Supremo No. 017-2005-MTC) era inconstitucional y, por tanto, no debería ser aplicado (STC No. 04197-2010-PA), el Poder Ejecutivo promulgó un decreto muy similar (Decreto Supremo No. 003-2008-MTC), que cursó otro proceso de inconstitucionalidad (STC No. 00863-2011-PA).
Como puede verse, si el Poder Ejecutivo habría considerado el fallo del Tribunal en la materia, el Segundo decreto nunca habría sido promulgado, siguiendo el criteriodel Tribunal en términos de regulación económica.

36 Stigler, G. (1971) The theory of economic regulation. En: *The Bell Journal of economics and management science 2*.

rivales y a productos sustitutos; (ii) subsidios directos; y, (iii) compradores y ofertantes debilitados.

Todo esto fue alcanzado a través de modificaciones directas de la Constitución (Caso 1) o mediante la creación de instituciones adecuadas para subvertir elecciones constitucionales en el futuro (Casos 2 y 3).

Caso 1: Educación, Salud y Seguridad Social

De acuerdo con la Constitución de 1979, la salud y la seguridad social deben ser dirigidas por agencias públicas. En el caso de la educación, debía ser sin fin de lucro, incluso cuando era administrada por empresas privadas. La Constitución de 1993 cambió esto. Ahora los privados pueden crear y dirigir hospitales e instituciones financieras dedicadas a administrar ahorros públicos, y las escuelas pueden ser operadas como instituciones con fines de lucro.

Hasta este punto se podría decir que es un ejemplo de desregulación; pero, aparte de ello, la Constitución de 1993 también alentó la creación de más universidades privadas, exonerándolas de tributos. En el caso de la seguridad social, una ley estableció ahorros obligatorios para el público, por lo que las instituciones privadas a cargo de su administración reciben cerca del 13% del ingreso de –al menos de un grupo de trabajadores– cada vez.

Además, la Constitución de 1993 señaló que estos sectores serían cercanamente supervisados por el Estado. En cada uno de ellos, tenemos una agencia regulatoria especial a cargo de supervisar la calidad de los servicios e imponer estándares, que actúan como barreras de entrada.

En consecuencia, lejos de ser un caso de desregulación, aquí se ha reemplazado a las instituciones públicas por otras altamente reguladas, que son también beneficiarias de los subsidios y rentas.

Debemos notar que, uno de los grandes proponentes de la reforma, Carlos Boloña, Ministro de Economía y Finanzas durante el gobierno de Fujimori, fue luego nombrado director de un fondo de administración de seguridad social y fue también fundador de una –ahora importante– universidad con fines de lucro[37].

37 Ortíz de Cevallos, G. et al. 9.

En recientes años, el sector de la educación ha entrado en un Estado de reforma, basado en la percibida falta de calidad de la educación debido a la liberalización (lo que incluyó la proliferación de universidades con fines de lucro) que la reforma de Fujimori empezó. En ese sentido, en 2013 el Congreso aprobó la “Ley Universitaria”, que establece cientos de estándares para las universidades, al variar desde requisitos para la extensión del campus al licenciamiento de nuevos programas. Ahora que 190 universidades, incluso la de Boloña, están bien establecidas, uno puede percibir esto como un intento de prevenir más competencia en el sector.

En el caso de la seguridad social, ha tenido lugar un camino inverso. En esta industria, la emergencia de más beneficiarios o pensionistas ha hecho que el gobierno liberalice parte de sus ahorros. Sin embargo, el impacto agregado de esto, sobre el monto total del ahorro actualmente en las manos de los fondos privados, es mínimo, lo que explica la posibilidad de las reformas en primer lugar.

Este caso ilustra cómo la reforma constitucional fue usada no para avanzar hacía ideales libertarios (como la privatización), sino de una manera oportunista. Privatización, más subsidios, más regulaciones económicas. El nexo entre los actores de la reforma y los beneficiarios de esta es también claro en la persona de Boloña.

Caso 2: contratos-ley y monopolios legales

Una forma en que un grupo de interés puede beneficiarse de reglas más estrictas –en este caso, reglas que “imponen” el libre mercado– es que ellos están mejor adecuados para subvertir las reglas cuando todos los demás tienen que cumplirlas.

Perú es el único país en el mundo con los “contratos-ley” a nivel constitucional. Estos contratos están destinados a garantizar inversiones con la continuidad de un régimen regulatorio dado. Al mismo tiempo, tenemos una regla que prohíbe la creación de monopolios legales. Sin embargo, cuando la compañía telefónica pública fue privatizada, Telefónica del Perú uso este mismo conjunto de reglas para crear un monopolio legal.

En efecto, gracias a una provisión en un contrato –luego formalizado como una ley al usar la provisión de los contratos-ley– Telefónica obtuvo un monopolio de cinco años. Este monopolio fue justificado en la teoría

económica de los “monopolios naturales”. De acuerdo con el gobierno, y con el Tribunal Constitucional peruano[38], la inversión que debe ser hecha en infraestructura telefónica es muy alta, por lo que cualquier potencial inversor en este campo necesitaría de un monopolio para invertir.

Ahora sabemos que (i) el mercado de telefonía no era un monopolio natural; y, (ii) Telefónica obtuvo ganancias extraordinarias de la concesión.

Debe notarse que las tres ramas del gobierno, actuando una después de la otra, concedió a Telefónica un monopolio incluso cuando existía una supuestamente clara provisión constitucional que lo prohibía. La lógica fue, entonces: la Constitución prohíbe “nuevos” monopolios legales, pero no el conceder un monopolio en una industria antes estatal.

Incluso cuando esta lógica suene en cierta forma creíble, es difícil que sea usada si no fuese un acuerdo de US$ 2,000,000.00.

Esto genera preguntas acerca del uso del poder político y económico para subvertir las reglas constitucionales[39].

Caso 3: la propiedad de los recursos naturales

La Constitución de 1993 establece que los recursos naturales (como el agua o las materias primas) son propiedad de la “Nación”, que es un concepto elusivo de cierta forma similar a “estatal”. La consecuencia es que si uno encuentra –digamos– petróleo en el subsuelo de su patio, este no es suyo sino de “la Nación”. Esta regla es contraria con la de –por ejemplo– California, donde si uno encuentra petróleo en su patio, es suyo.

¿Por qué esta norma es un posible caso de una conducta buscadora de rentas? Si uno es una minera o una corporación petrolera, probablemente prefiera pagar una tarifa a una entidad del gobierno antes que pagar el precio al dueño privado de la tierra. De esta forma, se tiene un vendedor “menos interesado”, debido a problemas de agencias, alcanzándose la “debilitación del vendedor” predicha por Stigler.

38 STC No. 0005-2003-AI. Fundamento jurídico 27.

39 Glasser, E. L. y Scheifel, A. (2003) The Rise of the Regulatory State. En: *Journal of Economic Literature 41*.

Esta norma también genera muchos conflictos sociales, pues los dueños de las tierras se sienten desplazados de las negociaciones. Esto ha llevado al gobierno a aprobar una ley que reconoce los Derechos de las personas indígenas a ser consultados acerca de proyectos a ser realizados en sus territorios. Sin embargo, estas "concesiones" del gobierno pueden ser entendidas como actos estratégicos para calmarlos, antes que una sincera vocación de aliviar el problema.

4. BALANCE Y CONCLUSIONES

La Constitución peruana es comúnmente considerada la de mayor orientación neoliberal en la región, sino en todo el mundo. Además, se considera que ha recibido una gran cantidad de influencia del Consenso de Washington.

Esto, si cierto, constituirá un rompecabezas para los teoristas de la *public choice*. Las teorías de la *public choice* predicen que las normas difícilmente van a ser creadas para puramente seguir una ideología –en este caso, neoliberalismo–. Por el contrario, las normas –incluyendo a las Constituciones– a menudo son creadas como el producto de complejas interacciones entre agentes económicos actuando en la búsqueda de su beneficio –o de manera oportunista–.

Luego, hemos argumentado que, en primer lugar, el Consenso no es un reflejo de principios de libertad económica; y, luego, la Constitución peruana –aún cuando ha seguido una gran cantidad de prescripciones del Consenso– incluye una serie de provisiones procedimentales y sustantivas que difícilmente pueden ser definidas como "libertarias". Por el lado procedimental, ha creado organismos como el Tribunal Constitucional, que está dedicado principalmente a la protección de Derechos sociales y que es indulgente con la intervención estatal. Por el lado sustantivo, la Constitución reconoce varios Derechos sociales y principios contrarios a la eficiencia económica.

En adición, aún las provisiones que uno podría caracterizar como neoliberales no lo son. La Constitución peruana fue usada, o permite, la extracción de rentas y la imposición de barreras a la competencia, incluso cuando "privatiza" la Economía.

"Privado pero regulado" es más "liberal" qué "estatal", cierto; pero está lejos del ideal libertario de un nivel óptimo de intervención públi-

ca en la Economía. La Constitución peruana puede ser mejor explicada como una herramienta para los grupos de interés privados de obtener rentas, que como la búsqueda impulsada ideológicamente de un régimen neoliberal. En cuanto a la parte social, puede ser explicada como una manera de "calmar" las protestas sociales, legitimando la acción del gobierno al dar ventajas a ciertas industrias, como sugiere Saffon[40].

El resultado es una Constitución que lejos de representar valores liberales puede ser mejor vista como una expresión de valores mixtos que pueden –y son– usados por los grupos de interés de una manera oportunista.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adler, M.D. and Posner E.A. (2001). Cost-Benefit Analysis. Economic, Philosophical, and Legal Perspectives. *University of Chicago Press Journals.*

Alston, L.J. et al (2008). On the Road to Good Governance: Recovering from Economic and Political Shocks in Brazil in Stein, E. and Tommasi , M. (eds), *Policymaking in Latin America. How Politics Shapes Policies* (Inter-American Development Bank and David Rockefeller Center for Latin American Studies).

Alviar García, H. (2010). The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises. 89 *Texas Law Review.*

Arenas, N. (2012). *Revolución o Constitución: el dilema insoluble del chavismo en el poder.* CENDES.

Beard, C.A. (1921). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (The Macmillan Company).

Bernauer, T. and Koubi V. (2006). On the Interconnectedness of Regulatory Policy and Markets: Lessons from Banking. 36 *British Journal of Political Science.*

40 Saffon, M.

Buchanan, J.M. and Tullock, G. (2004). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Liberty Fund).

Cárdenas, M., Junguito, R. and Pachón, M. (2008). Political Institutions and Policy Outcomes in Colombia: The Effects of the 1991 Constitution in Stein, E. and Tommasi, M. (eds), *Policymaking in Latin America. How Politics Shapes Policies* (Inter-American Development Bank and David Rockefeller Center for Latin American Studies).

Cooter, RD. (2002). The Strategic Constitution. *Princeton University Press.*

Echeverri Uruburu, A, y Duque Ayala, C. (2015). *Política y Constitucionalismo en Suramérica* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez).

Edwards, S, (1995). *Crisis and Reform in Latin America: From Despair to Hope* (World Bank Publications).

Elkins, Z., Ginsburg, T. and Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press).

Elster, J. (1994). The impact of constitutions on economic performance. *8 The World Bank Economic Review.*

Flores Nano, L. (2015). *La Economía Social de Mercado – presente, pasado y futuro* (Pacífico Editores).

Frankenberg, G. (2006). Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology – toward a layered narrative, 4. *International Journal of Constitutional Law.*

Gargarella, R. (2014). Latin American Constitutionalism: Social Rights and the 'Engine Room' of the Constitution, 4. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law.*

George, S. (1988). *A Fate Worse than Debt: The World Financial Crisis and the Poor* (Grove Press).

Ginsburg, T. and Melton, J. (2012). *Innovation in Constitutional Rights*. Draft for presentation at NYU Workshop on Law, Economics and Politics.

Glaeser, E.L. and Scheifel, A. (2003). The Rise of the Regulatory State, 41 *Journal of Economic Literature.*

Goldwin, R.A. and Schambra, W.A. (1982), *How Capitalistic Is the Constitution?*. American Enterprise Institute for Public Policy Research.

González, C., Crawford, C. y Bonilla, D. (2010). Introducción: El liberalismo neoclásico, el libre mercado y sus críticos, in C González, C Crawford and D Bonilla (eds), *Derecho, democracia y Economía de mercado*, Editorial Temis.

Holden, R.H. and Zolov, E. (2011). Latin America and the United States: A Documentary *History. Oxford University Press.*

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2013). *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Fondo Editorial de la PUCP.

Lalander, R. (2008). *El contexto histórico del chavismo y los partidos políticos venezolanos de la izquierda.* Reflexión Política, 10.

Leguizamón, W. (2000). *Acosta, Derecho constitucional económico*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Macedo, S. (1987). *The New Right V. the Constitution*. Cato Institute.

Marquardt, B. (2013). *Constitucionalismo científico. Entre el Estado y el mercado*, Editorial Temis, vol 2.

McChesney, F.S. (2001). Rent seeking and rent extraction in WF Shughart II and L Razzolini (eds), *The Elgar Companion to Public Choice*, Edward Elgar.

McCullough, D. (1978). The Path Between the Seas: The Creation of the Panama Canal, 1870-1914, *Touchstone Press.*

Melo Salcedo, I.M. (2003). *Los Derechos de contenido económico. Vuniversitas.*

Morales Alzate, JJ. (2010). *Derecho Económico Constitucional Colombiano. Comparado con el Derecho alemán*, Ediciones Doctrina y Ley.

Murphy, DD. (2004). The Business Dynamics of Global Regulatory Competition in D Vogel and RA Kagan (eds), *Dynamics of Regulatory Change: How Globalization Affects National Regulatory Policies*, University of California Press.

Negretto, G. (2013). Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America, *Cambridge University Press.*

Olson, M. (2002). The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups, *Harvard University Press.*

Ortiz de Zevallos, G. (et al), (1999). La Economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones, *Inter-American Devolpment Bank Working paper* R-348.

Pisarello, G. (2012). *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Corte Constitucional para el Período de Transición.

Princen, S. (2004). Trading Up in the Transatlantic Relationship. 24. *Journal of Public Policy.*

Quince Ramírez, MA. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano.* 6th edn, Editorial Temis.

Radaelli, CM. (2004). The Puzzle of Regulatory Competition. 24 .*Journal of Public Policy.*

Rodríguez Garavito, C. (2009). *La Globalización del Estado de Derecho.* Universidad de los Andes.

Rodrik, D. (1999). *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work,* Overseas Development Council.

Saffon, M.P. (2007). Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court. 5. *Seattle Journal of Social Justice.*

Smith, A, and Yandle, B. (2014). Bootleggers and Baptists: How Economic Forces and Moral Persuasion Interact to Shape Regulatory Politics, *Cato Institute Press.*

Stigler, G.J. (1971). The theory of economic regulation. 2. *The Bell Journal of Economics and Management Science.*

Stiglitz, J.E. (2003). *Globalization and its Discontents*, W. W. Norton & Company.

Stokes, S. (1997). *Democratic accountability and political change. Economic policy in Fujimori's Peru*, 29. Comparative Politics.

Súmar, O. (2012) Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: un análisis estadístico y econométrico, 5 *Revista Peruana de Derecho Constitucional.*

Terrier, G, et al, (2007). *Peru: Selected Issues,* International Monetary Fund.

Tushnet, M. (2004). The New Constitutional Order, *Princeton University Press.*

Uprimny, R. (2007). Agendas económicas de modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros in Rivera, ML, Arisi, D (eds), *Los procesos de control estratégico como pilares de la modernización del Estado,* Procuraduría General de la Nación and Inter-American Devolpment Bank.

Uprimny, R. (2011). The recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and Challenges, 89. *Texas Law Review.*

Vogel, D. and Kagan, RA. (2004). Introduction: National Regulations in a Global Economy in Vogel, D. and Kagan R.A. (eds), Dynamics of Regulatory Change: How Globalization Affects National Regulatory Policies, *University of California Press.*

Williamson, J. (2003). Overview: An Agenda for Restarting Growth and Reform in Kuczynski P.P. and Williamson, J. (eds), *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America* (Institute for International Economics).

Williamson, J. (2003). Appendix: Our Agenda and the Washington Consensus in Kuczynski, P.P. and Williamson, J. (eds), *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America* (Institute for International Economics).

Recibido: 17/08/2017

Aceptado: 20/11/2017

Dr. Oscar Augusto Súmar Albujar, PhD (Berkeley University): Director de Regulación Racional. Profesor de Pontificia Universidad Católica de Perú e Investigador Jurídico.

Correo electrónico: osumar@gmail.com

La Falacia sobre la Severidad de las Penas en el Derecho criminal

Fallacy on the Severity of Penalties in Criminal Law

Dra. Iris Edith La Salvia, PhD (c)
Relatora de la Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 67-78, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el siguiente análisis responde a la necesidad de reflexión que se impone en el ámbito del Derecho Penal en Argentina, a fin de establecer las múltiples causas que desembocaron en los actuales índices de criminalidad, que progresivamente han instalado en la sociedad argentina el temor habitual de convertirse en víctima de delito -en particular violentos-. Asimismo, se analiza hasta qué punto es errada la opinión pública que atribuye dicha situación a una supuesta flexibilización de la legislación penal al tiempo que reclama mayor severidad penal, indicándose finalmente aquí las múltiples causas y los enfoques que aporten posible solución al Estado de cosas actual. Las falacias constituyen razonamientos seductores, aúnque erróneos, resultan psicológicamente persuasivos y por ello se convierten en peligrosas trampas a la razón. El intelecto debe imponerse a ellas, apartándose en este caso de la "falacia de la causa falsa", para profundizar en las variables relevantes y las causas eficientes de la situación.

PALABRAS CLAVES: índice de criminalidad, inseguridad, reformas en legislación penal, agravamiento de penas y figuras penales, corrupción.

ABSTRACT: the following analysis responds to the need of reflex ion imposed in the criminal law area for argentine judicial system, lawyers and operators, in order to establish the multiple causes that generate the present criminal index, which have been installing fear, in the argentine society, to become a victim of a crime, particularly violent. It also discusses how much is misjudged the public opinion that attaches the situation to the penal law relaxation, indicating finally the multiple causes and approaches that give solution to the present state of things.

KEYWORDS: criminality index, insecurity, penal legislation reforms, penalty aggravation and legal figures, corruption.

INTRODUCCIÓN

La afición a los autores clásicos me devolvió cierto día a las páginas que Francesco Carrara escribió en su *Programma del corso di diritto criminale* al abordar las cuestiones vinculadas a la pena. La inquietante concordancia de sus previsiones con la realidad que experimenta la sociedad argentina actualmente en el ámbito criminal me llevó entonces a estas reflexiones.

En primer término, debo recordar que en la obra citada – más precisamente en el parágrafo 616 del volumen segundo- el autor destaca que dentro del contexto social en el que se comete, el delito ofende *materialmente* a una o varias personas, pero agravia a la sociedad al violar sus leyes y ofende *moralmente* a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el *sentimiento* de la *propia seguridad* y crear el *peligro* del mal ejemplo. Con su comisión nace el peligro que amenaza a todos los ciudadanos; que el delincuente si permanece impune renueve contra otros sus ofensas y que otros, incitados por el mal ejemplo, se entreguen también a violar las leyes. La pena debe reparar este daño moral mediante el restablecimiento del orden que se ha visto conmovido por el desorden del delito, entonces todos los ciudadanos que temían nuevas ofensas, dejan de temerlas. De allí deduce la necesidad de efectividad de la pena, para que los ciudadanos no tengan razón de temer que el delincuente, liberado demasiado pronto, reincida en sus ofensas. Cuando el delito pasa del Estado de previsión al Estado de realidad, la fuerza moral de la amenaza quedaría destruida si la pena no se convirtiera también en una realidad. Solo a partir de ese momento ella se completa.

Hasta aquí, en términos generales el pensamiento de Carrara. Más allá del estilo y terminología propios de su época, el esquema permite apreciar los aspectos relevantes de la cuestión, con la claridad propia y encomiable que siempre tienen los clásicos. En ese punto de la relectura me preguntaba cuál sería el motivo o las múltiples circunstancias que en la sociedad argentina actualmente han llevado a la opinión pública, los medios de comunicación y hasta ciertos discursos políticos a invocar en sus descripciones ese sentimiento de temor en los honrados e impunidad en los delincuentes tan bien definido por Carrara.

Inquietud actualizada ante el cumplimiento de sus predicciones sobre las consecuencias lamentables del desequilibrio, en particular la recurrencia de incidentes por venganza privada o castigos por mano propia verificados en distintas oportunidades. Emprendí entonces un análisis de la situación desde el punto de vista jurídico, a fin de establecer en que intersección de los complejos ámbitos implicados (jurídico, sociológico, cultural y económico) surgió el Estado de cosas referido, que se encuentra a la vista de cualquier observador diligente.

1. CRIMINALIDAD Y CONTROL DEL ESTADO

En principio debe aclararse que el Estado óptimo de la sociedad -donde las fuerzas del modelo de Carrara se mantienen en equilibrio- no es una situación utópica en la que no existe delito, sino aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo el control del Estado, porque los hechos punibles cometidos son aclarados en alto porcentaje y castigados sin desconsideración hacia la persona involucrada –*conf. Jescheck*- pues señala este último autor, tan pronto como el Derecho Penal no pueda garantizar más la seguridad y el orden -con las garantías propias del Estado de Derecho- existe el peligro que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano y que los fuertes se impongan a los débiles sin consideración alguna.

Solo para mencionar inicialmente el aspecto más tangible de la cuestión -la punición del delito- se puede advertir que las condiciones de eficacia que los clásicos exigían de la pena, sintetizadas en su carácter ejemplar, aflictivo y fundamentalmente en su certeza legal y celeridad, no han perdido vigencia en nuestros días. Precisamente una de las características más destacadas junto a la ejemplaridad es la *certeza legal* de su aplicación, más decisiva que su severidad. Ello es demostrativo de la ineficacia del abordaje simplista sobre la severidad de las penas, en tanto implica desconocer las diferencias entre las diversas formas de criminalidad –crimen organizado y delincuencia común- que requieren respuestas diferentes, al tiempo que ignora los problemas estructurales de las fuerzas de seguridad y la situación de alta vulnerabilidad en que se encuentran amplios sectores de la sociedad, con exclusión laboral y educativa. Asimismo, en cuanto a la celeridad, la pena debe ser aplicada en tiempo y forma por la autoridad pública a fin de disuadir la venganza por mano propia, al respetar las garantías y dignidad del condenado. No obstante, lo expresado, debo

resaltar que la pena, aúnque el más visible, constituye solo uno de los múltiples aspectos involucrados en esta cuestión.

En segundo lugar, debo advertir que ante la multiplicidad de factores psicológicos, sociales, económicos, culturales y ambientales que tienen incidencia sobre el tema, decidí relevar exclusivamente aquellos pertenecientes al ámbito del Derecho Penal y los directamente vinculados al mismo, por resultar en cierto modo el más representativo de los aspectos de la temática y el único al alcance de mi especialidad. De ello surgirán, consecuentemente, las fortalezas y debilidades del examen que aquí propongo.

2. TRES PILARES FUNDAMENTALES

Ante la necesidad de establecer dentro del campo del Derecho Penal cuáles podrían haber sido los factores relevantes que conformaron la situación actual decidí dirigir el enfoque hacia tres pilares fundamentales que inciden en la problemática descrita:

1. La legislación –al analizar las reformas normativas del ordenamiento penal argentino (y eventualmente procesal penal) desde el año 1984 hasta principios de 2015- a fin de establecer su tendencia.

2. El contexto social y la estadística en relación a la comisión de delitos, al considerar en ello a las víctimas.

3. La aplicación de la ley y los resultados estadísticos sobre delitos esclarecidos, personas detenidas y condenadas.

Todo ello en cuanto al ordenamiento jurídico y a la sociedad argentina en el lapso ya referido, estructurándolo en tres períodos; desde el año 1984 al 2000, para continuar desde este hasta 2010 y finalmente evaluar lo que va de la presente década hasta los primeros meses del año 2015.

2.1. La legislación nacional: Las modificaciones legislativas del Código Penal Argentino

Los períodos analizados corresponden a etapas en las cuales el Estado de Derecho ya se encontraba vigente, al tiempo que coinciden con

el inicio del siglo XXI al ofrecer una visión dinámica de la legislación penal hasta la actualidad.

La primera hipótesis, descripta en la sección anterior acerca de la opinión pública y la expresión de algunas autoridades, vincula una supuesta flexibilización o acentuada benignidad en las leyes penales sustantivas –y de algunos institutos procesales de incidencia- dictadas desde 1984 hasta 2015 con el Estado actual de la cuestión criminal en la sociedad argentina, para concluir que esa pérdida de severidad sería su causa eficiente.

Para verificarla se debe conocer someramente el contenido de las modificaciones introducidas en el código penal en ese período, a fin de establecer si ellas han incorporado mayor o menor rigor en los institutos y figuras penales afectadas. A tal fin, al partir de la redacción de los artículos del Código Penal Argentino vigente en el año 1984 evalué comparativamente el carácter de las reformas introducidas en el período 2000/2010 y seguidamente las que operaron en el período 2010/2015, lo que puede cotejarse en el anexo –al que me remito-.

El detalle que surge al relevar el contenido de las reformas más importantes verificadas en los períodos en estudio exime de cualquier comentario por ser evidente que en términos globales aquellas introdujeron mayor **rigor** en las reglas aplicables, al destacar la incorporación de figuras agravadas o el aumento de penalidades en las existentes. Algo similar sucedió con los institutos procesales. En consecuencia, el Estado de cosas descripto al comienzo no puede obedecer a la mayor benignidad o flexibilización de la legislación penal -pese a la creencia más popular en la sociedad argentina- en tanto se ha verificado que las modificaciones introducidas agravaron en su mayoría penas y figuras, y en ocasiones introdujeron supuestos antes no sancionados o figuras específicas no contempladas con anterioridad. Cabe entonces relevar los restantes parámetros.

2.2. Análisis estadístico y contexto social

En Argentina, particularmente durante las décadas de los ochenta y noventa se registró un aumento sostenido de los índices de delito, duplicándose las agresiones contra la propiedad y elevándose muy por encima de la media histórica la tasa de homicidios dolosos -aúnque inferior a la de otros países de la región- (Ciafardini, 2006) al ser tam-

bién un dato de interés señalado por este autor el cambio –registrado a mediados de los años 90- en la edad promedio de los autores de delitos violentos contra la propiedad, al aumentar la participación de jóvenes entre 18 y 25 años en el robo con armas y al aparecer en escena los menores de 17 años, dentro de un deterioro social con "complejos procesos de degradación de las formas de organización económica y social, que incluyen aspectos individuales, familiares, institucionales y políticos" . En ese panorama se insertó también un factor que no había tenido la misma incidencia en etapas anteriores y que aquí debo destacar, la *droga* y su influencia en la comisión de delitos más violentos, al obrar a la vez como detonante o agravante de patologías mentales, con la consiguiente incertidumbre tanto en las reacciones del delincuente al momento de cometer el hecho, cuanto en la evolución de su eventual patología, que ya no resultaría predecible ante la incorporación de dicha variable, al dificultar su abordaje y tratamiento, al complicar así también el campo de la salud mental además del criminológico. La década del 90 presentó el desarrollo de políticas de flexibilización laboral, crecimiento del desempleo y consecuente aumento de la marginalidad, al tiempo que -como señala Ciafardini- continuaban las consecuencias deletéreas de la última dictadura militar que en su momento había disuelto completamente las instancias institucionales legítimas, así como el tejido sociopolítico, lo cual posibilitó el surgimiento de sistemas de asociación ilícita entre funcionarios, políticos e integrantes de fuerzas de seguridad. En ese complejo contexto, inserto a su vez dentro de la grave situación que viene al experimentar toda la región latinoamericana en la evolución de la tasa de criminalidad, se fue al desarrollar un perfil diferente en el crimen urbano y con él de la propia sociedad –que llega hasta nuestros días- atento el costo y distorsión de los parámetros normales producidos por la pérdida de vidas, las pérdidas materiales, la distorsión de presupuestos estatales y privados en la adopción de medidas extraordinarias de seguridad y la afectación de la salud mental de la población, derivada de vivir permanentemente al tomar precauciones y con miedo a convertirse en víctima de delito.

Como señalan los especialistas se considera aceptable en una sociedad moderna el guarismo de 5 homicidios cada 100.000 habitantes al año, al ser alarmante entre 5 y 8. Téngase en cuenta que en el año 2011 la tasa de homicidios dolosos cada 100.000 habitantes en la provincia de Buenos Aires que es una de las que registra mayor índice de criminalidad en el país fue del 7,7 según datos oficiales de la Dirección Provincial de Política de Prevención del Delito en su "Estadística Cri-

minal de la provincia de Buenos Aires 2011", en tanto en la estadística 2012 del sistema nacional de política criminal se indica un 5,5% pero al no incluir la misma a la provincia de Buenos Aires se distorsiona considerablemente ese valor en la realidad.

A nivel nacional, la encuesta (EDSA) de la Universidad Católica de Argentina para el período 2004-2010 arrojó indicadores del grado de vulnerabilidad en que se encuentra la sociedad argentina ante la criminalidad, al registrar un crecimiento sistemático de los índices de delincuencia durante el citado período, al pasar del 21,7 % en 2004 al 30,9% en 2010 respecto de personas que fueron víctima de un delito. En el año 2012 fue del 30,3%. Cabe señalar en este punto que desde la década del 60 se comenzó a utilizar en los países occidentales la búsqueda de información mediante encuestas que no fueran elaboradas a partir de registros oficiales a fin de disminuir los sesgos y la ignorancia sobre la "cifra negra" del delito, por ello resulta de especial relevancia la información obtenida por Universidades e Institutos en forma independiente. Dichas estadísticas e informes también demuestran el aumento de los recursos privados como vigilancia policial (que aumentó del 36,2% en 2005 al 50,4% en 2010) y la relación existente entre vivir en un barrio donde es habitual la venta o tráfico de drogas y el haber sufrido un hecho delictivo (del 27,7 % cuando no hay tráfico de drogas en su barrio al 35,2% cuando lo hay durante el año 2012).

Una investigación relevante por la especificidad de su estudio, en tanto constituye un sector de la población muy expuesto al delito, fue realizada por los investigadores de la Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Médicas (Folino, *et al* 2012), en torno a la victimización de comerciantes en la ciudad de La Plata entre octubre 2011 a septiembre de 2012. Los resultados indicaron una tasa de victimización para el año previo a la entrevista del 19.9%, al haber sufrido el 48% de las víctimas más de un delito en ese período. El 21% de los hechos correspondió al delito de hurto, el 71% a robo el 8% restante daño o estafa. En el 75% de los casos el autor se fugó con algún valor. 15 víctimas resistieron al delito; 5 quedaron levemente heridas, 1 gravemente y una de las víctimas informó haber sido abusada sexualmente durante el robo al comercio. La conducta de los autores de delitos evidenció desestimación de los riesgos de ser identificados o de actuar en zonas y horarios altamente poblados, al ocurrir algunos hechos en proximidades de Comisarías y el 62,7% de ellos entre las 14 y las 00.00 hs, al prevalecer la comisión en horas de la tarde en zonas de alta densidad y en la noche en las de baja densidad. La edad promedio

de los autores fue de 25 años al ser el mínimo de 9 años, utilizándose arma de fuego en el 77%; arma blanca 20%, algún otro objeto usado como arma impropia el 3%. El 57% de las víctimas hizo la denuncia en Comisaría, 1% en Fiscalía y el 42% no hizo denuncia (*obsérvese aquí el interés de las encuestas no oficiales en tanto recogen la cifra negra del delito que pasa absolutamente inadvertida para los registros oficiales*). Las mujeres tuvieron casi el doble de victimización. Una proporción relevante de víctimas expresó la necesidad de haber recibido apoyo de algún organismo especializado, lo que no sucedió. Se advirtió también en dicha investigación la proliferación de locales con notables medidas de seguridad como vidrios blindados (incluso en farmacias y heladerías). Se destacó que los autores de los delitos no se preocupaban por ser reconocidos, manejándose con impunidad. Este es el Estado de cosas que se verifica en la sociedad argentina actual, reflejado sin mayor hesitación por las investigaciones e informes especializados.

2.3. La articulación entre el contexto y la normativa legal: aplicación de la Ley

Otra faceta de incidencia en el tema estudiado es la referida a la investigación judicial y a la forma en que los tribunales aplican la ley, ello si acaso se revelara una tendencia indulgente o se advirtiera cierta ineficacia en los mecanismos de investigación de los delitos cometidos y efectivamente denunciados, con efectos similares a los atribuidos a la flexibilización normativa. Para verificarlo -más allá de las reservas que puede merecer en sí el método- es ilustrativa la estadística criminal del año 2011 correspondiente a la provincia de Bs. As; al 1 de marzo de 2012 se registraron en materia de homicidios el 74% esclarecidos con imputado detenido; con imputado identificado, pero aún no habido 9% y no esclarecidos el 17%. La franja etaria de las víctimas entre los 19 y los 40 constituye un 5,5% de homicidios verificados en niños entre 0 y 15 años de edad de los cuales el 75% se debió a conflictos familiares. En cuanto a lugares de comisión del homicidio el 32% fue en vía pública, 29% sin datos, 23% en domicilio particular, 6% en comercio, 3% en rodados, 2% en comisaría o cárcel, 5% en otro lugar. Respecto de las violaciones el 49% sucedió en el ámbito intrafamiliar, especialmente de víctimas menores, al existir en el 73% de los casos conocimiento previo entre víctima y autor y ningún conocimiento en el 27%. En cuanto a los robos el 54,61% fue en la vía pública, el 24,57% en domicilio particular, el 11,61 % en comercio, 2,81% en rodados, otro lugar 4,55%, cárcel 0,02 % sin datos 1,84%. En las causas de nar-

cotráfico la estadística oficial indicó un notable incremento, del 28% mayor en relación al año 2009.

Respecto de las investigaciones penales en el ámbito de la justicia nacional, según el sistema nacional de estadísticas judiciales SNEJ tomadas del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal en 2012 se dictaron 29.773 sentencias condenatorias; 4979 por delitos contra las personas al ser 1463 por homicidios dolosos, 15.521 por robos, 2872 por delitos contra la seguridad pública, 2542 por delitos contra la administración pública, 2372 por infracciones a la ley de estupefacientes 23737, y 1836 contra la integridad sexual, entre los más representativos. En cuanto a las penas privativas de libertad impuestas 18.084 casos fueron hasta 3 años, entre 3 y 5 años se aplicaron en 5864 casos y más de 5 años 5458, aplicándose penas perpetuas en 104 casos, las inhabilitaciones especiales 4579 casos, las multas 1857 casos. Debe destacarse en este informe la ausencia de datos respecto de varias provincias de gran incidencia en la tasa de criminalidad, así como la ausencia de datos sobre el total de causas en trámite en todas las provincias.

En lo que atañe al contenido en la actuación de los tribunales, interesa relevar criterios jurisprudenciales de interpretación aplicados en materias representativas, para conocer la mayor o menor severidad de los mismos. Esto releva someramente que algunos de ellos -ante la imposibilidad de hacerlo exhaustivamente- referidos a temas de incidencia en fallos rectores encontramos, entre otros; que la CSJN admite el distinto tratamiento dado por la ley a quienes en los términos del art. 50 del C.P., cometen un nuevo delito, respecto de quienes no lo han cometido, fundado en el desprecio hacia la pena por quien ya la ha experimentado CS “L Eveque, Ramón.”16/08/1988 La Ley online al tiempo que considera que el principio constitucional del non bis in ídem no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –como dato formal y objetivo- para ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para los supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal,. CS “Valdez, Enrique y otra” 21/04/1988 La Ley online y más recientemente en “Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11.835” A. 558 XLVI del 27 de mayo de 2014 con expresa remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” –Fallos 308:1938- “L’Eveque” –Fallos 311:145. En similar sentido se ha expedido la SCJBA respecto de la condena anterior en los términos del art. 50 del C.P., al igual que en relación con la agravante del art. 189 bis 2 inc. final “P. 114.455 Q. D, F. Recurso extraordinario 9/10/2013”. En los homicidios agravados del art. 80 inc. 1° la SCJBA

ha delimitado claramente la aplicación del párrafo final referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación que harían procedente la figura privilegiada entre otros en P. 104120 "A.V., recurso extraordinario 7/5/2014 y más recientemente en 2015 P. 116.768 "B.R". Por su parte, la CS estableció en "Villarruel, D" del 27/5/2004 –La Ley on line- la procedencia de la agravante del robo por el uso de armas de fuego aún cuando aquella no fue secuestrada, si la existencia y utilización pudo probarse por otros medios, tales como testimonios. En los casos en que no se pudo establecer la idoneidad del arma, teniéndose por acreditado su empleo, la SCJBA ha subsumido el hecho en el art. 166 inc.2 apartado 3 ley 25.882 "J.JE. LLBA 2006-483 8/3/2006.

Otro dato relevante es la cantidad de detenidos, en tanto las pruebas refutan la supuesta impunidad o liberación inmediata que ligeramente se afirma en la opinión y los medios de comunicación. En octubre de 2014 se informó record histórico de personas detenidas en el SPF al llegar a 10.322 al haber aumentado en forma constante desde 2007 (14%). En tanto la situación en la provincia de Bs.As., había alcanzado en mayo de 2014 la cifra más alta de los últimos quince años con 33.166 detenidos.

Como se aprecia, la actuación de la ley por parte de los tribunales no evidenció cambios drásticos hacia una flexibilización, al mantener en cambio la rigurosidad que las propias modificaciones legislativas fueron al delinear, al tiempo que se mantuvo en márgenes aceptables la cantidad de delitos investigados con autores imputados y condenados. De allí que deban descartarse las hipótesis simplistas que atribuyen el Estado de cosas descripto al comienzo como producto de la benignidad de las leyes penales o su actuación por los tribunales del país.

3. CONCLUSIONES

Es evidente que las hipótesis simplistas ligeramente afirmadas en la opinión del común, medios de comunicación y ciertos discursos políticos, al alegar la necesidad de mayor severidad en las leyes o actuación de los tribunales para revertir un Estado de cosas supuestamente originado en la benignidad legal o judicial contrastan con un análisis crítico de los datos y supuestos. La sociedad argentina padece aún los efectos deletéreos de la política que tuvo auge en los noventa –aúnque venía dándose desde la década del 70- al afectar negativamente a amplios sectores de la sociedad y al minar las fuentes de trabajo y formación, con altos niveles de desigualdad en acceso a la salud y educación,

al tiempo que extendió la corrupción institucional y en las fuerzas del orden. Ninguna hipótesis simplista resultará operativa para modificar tal Estado de cosas, ya quienes provocaron esa degradación de la sociedad intentaron al mismo tiempo implementar las políticas de mano dura importadas de países desarrollados con circunstancias sociales diferentes a las locales, al desconocer así el verdadero origen de la delincuencia local y evidentemente fracasaron. Resulta claro que no puede darse la misma respuesta penal a la delincuencia organizada que a la común y la sociedad argentina actual presenta ambos tipos de criminalidad (bandas de narcotráfico, organizaciones de tráfico ilícito de medicamentos, de trata de personas, de robo y comercialización de automotores, entre otras, además de la delincuencia juvenil y la común). Nada más ineficiente que una respuesta única para especies tan diversas. El mero agravamiento de las penas y figuras o la reducción de los supuestos de excarcelación no han demostrado históricamente en ningún país reducción de los índices de criminalidad (Kliksberg 2008). Para ello deben removerse y eliminarse las causas estructurales que la provocan, lo que requiere una sostenida labor a través de políticas de formación individual y de distribución, desarrollo e integración económico-social de largo plazo adecuadas al contexto, pero exige también la decisión política de eliminar los factores y elementos mediante los cuales en distintos niveles opera la corrupción. De tal modo, al enaltecer las instituciones podrá devolverse la dignidad a quienes integran la sociedad argentina actual y deben gozar de sus Derechos personalísimos sin temor a ver segada su integridad o su existencia por la falta de previsión y las acciones desacertadas de sus mandatarios.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carrara, F. (1957). *Programa de Derecho criminal Parte general*. V.II. Bogotá. Temis.

CELS. (2014). *Datos del RUD,* Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Bs.As.

Ciafardini, M. (2006). *Delito urbano en la Argentina*. Bs.As. Ariel.

Encuesta de la Deuda Social. UCA 2004-2010. Recuperado de http://www.uca.edu.ar

Folino, J. et al. (2012). Victimización de comerciantes en la ciudad de La Plata. *Revista Intercambios* N° 6 UNLP. Recuperado en http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/

Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Parte general Granada. Ed. Comares.

Kliksberg, B. (2008). *¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina?* Nueva Sociedad N° 215 mayo-junio 2008 ISSN 0251-3552. Recuperado de http://. www.nuso.org

Procuración Penitenciaria de la Nación. *Récord histórico de personas detenidas* Recuperado de http:// www.ppn.gov.ar

Sistema Nacional de Estadísticas Judiciales SNEJ 2012. http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/mapa.aspx

Recibido: 10/08/2017

Aceptado: 21/11/2017

Dra. Iris Edith La Salvia, PhD (c): Relatora de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Correo electrónico: correoiris@gmail.com

Efectos de la Cuarta Revolución Industrial en el Derecho

Effects of the Fourth Industrial Revolution on Law

Mgtr. Jessahé Carla Navarrete Villalba
Docente Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 79-98, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el artículo discute el impacto global que a nivel jurídico ha introducido la cuarta revolución industrial. Además, describe como jurídicamente se generan escenarios que no necesariamente garantizan la accesibilidad a todos los grupos sociales de distintos países, debido a que su participación está sujeta al uso de condicionamientos externos (instrumentos) como la electricidad y la Internet, es decir, herramientas mínimas para el desempeño en un entorno social cada vez más competitivo.

PALABRAS CLAVES: cuarta revolución industrial, Derecho, Derecho laboral, protección de datos personales, contratos.

ABSTRACT: The aim of the paper is to discuss the global impact that the fourth industrial revolution has introduced at a legal level. In addition, it describes how regulation has not guarantee accessibility to all social groups in different countries. This is because their participation is conditioned by the use of external constraints (instruments) such as electricity and the Internet. That is, minimum tools for work performance in an increasingly competitive social environment.

KEYWORDS: fourth industrial revolution, law, labor law, protection of personal data, contracts.

INTRODUCCIÓN

Una Revolución Industrial es un proceso que tiene como efecto el cambio radical en aspectos sociales, económicos, productivos, de gobernanza e institucionalidad en una determinada sociedad.

Las Revoluciones Industriales ocurren de manera rápida y abrupta, generando un antes y un después en la forma de vida de la sociedad en la que impacta. Su efecto es integral, porque no solamente tiene relación con la industria, sino que de manera general transforma los procesos cotidianos del ser humano, y eso incluye el Derecho en la forma que se conoce.

Sin duda y en medida que la sociedad avanza, la concepción de las leyes y códigos que nos rigen se han convertido en una materia evolutiva. Si se considera que los albores del Derecho moderno tienen su origen desde el fin del feudalismo, con el nacimiento de la burguesía y nuevos órdenes sociales, es posible evidenciar haciendo un análisis histórico, que los agentes de cambio acelerados por el desarrollo tecnológico, que denominamos Revolución Industrial, han presentado de forma directa problemáticas de las cuales se ha tenido que hacer cargo la disciplina.

Si bien existen diversas dataciones que conciben fijar el inicio de la Primera Revolución Industrial, se percibe como acuerdo la segunda mitad del siglo XVIII, en que la introducción de maquinaria impulsada por nuevas fuentes de energía, particularmente el carbón, desencadenaron una rotunda transformación en la agricultura e industria, implantando como doctrina productiva al capitalismo.

En consecuencia, los campesinos se alejan del mundo rural e inician una fuerte migración hacia las ciudades, que crecen de forma exponencial y ofrecen la oportunidad de unirse como fuerza laboral a las fábricas, formándose así la clase obrera o proletariado. Esta nueva estructura segmenta en estratos bien definidos y hace propicio un ambiente de conflicto, que en función de ser resuelto establece las primeras estructuras organizadas bajo sindicatos y gremios.

Así se incorporan términos para ese entonces poco conocidos, como la negociación colectiva y la huelga, que surgen de las exigencias en mejorar las condiciones propias del trabajo por parte de los movimientos sindicalistas, dando cabida a los primeros cimientos del "Derecho Laboral".

Tras un siglo impulsado por el vapor de la máquina del escocés James Watt, los avances hasta ese momento impensados vuelven a recibir un impulso enorme con la incorporación de tecnologías y combustibles novedosos; se masifica el alumbrado público gracias al kerosene, y luego a la electricidad, el ser humano le gana a la noche haciéndole

productiva; el mundo que ya se conecta mediante el ferrocarril ve nacer en las ciudades nuevas formas de transporte, permitiendo el traslado de mercancías en períodos breves fomentando la Economía; las distancias se hacen menores gracias a la concepción del telégrafo, el teléfono y la radio. Esta desenfrenada consecución de hitos, comprendida entre la segunda mitad del siglo XVIII y las primeras décadas del siglo XIX es lo que se define como Segunda Revolución Industrial, y es esta la que entregará al universo legal una serie de cambios trascendentales.

Esta serie de sucesos, no dejó de acrecentar las diferencias ya marcadas con anterioridad, sino que además añadió nuevos factores de relevancia. El fuerte desarrollo de la maquinaría industrial hizo prescindible la fuerza humana, incorporando al trabajo a mujeres y niños, aumentando el desempleo y la desigualdad. En respuesta a esta temática, el papa León XIII redacta un 15 de mayo de 1981, la primera encíclica social de la iglesia católica, el "*Rerum Novarum*" (De las cosas Nuevas), promulgando de forma enfática la protección del sistema imperante, defendiendo la propiedad privada.

> *"Por ser el hombre el único animal dotado de inteligencia, hay que concederle necesariamente la facultad, no solo de usar las cosas presentes, como los demás animales, sino de poseerlas también con Derecho estable y perpetuo"*

> *"Se halla en la misma ley natural el fundamento y razón de la división de bienes y de la propiedad privada"*

Pero sin descuidar a la afectada clase trabajadora, apoyando a la justicia social y sindicalismo.

> *"No deben considerar al obrero como un esclavo; que deben respetar la dignidad de la persona y la nobleza que a esa persona agrega el carácter de cristiano"*

Es así que manifiesta de forma abierta, que los Estados han de intervenir responsablemente, en la regulación de normas de higiene y salud laboral, tutela y descansos dominicales, y en la limitación de horarios y jornadas laborales, entre otros.

El logro de las exigencias de los trabajadores se materializa con la suscripción del Tratado de Versalles, que entre los puntos que resuelve en 1919 se incluye la creación de la Organización

Internacional de Trabajo con la finalidad de mejorar de manera considerable las relaciones obrero-patronales.

El fin de la Segunda Revolución Industrial llega cuando aparecen los ordenadores y computadores, que nos presentan una nueva forma de producción, y principalmente generan un impacto global en las comunicaciones.

El Derecho evoluciona a la par de los procesos de producción y desarrollo industrial de las sociedades, es así como en la segunda mitad del siglo pasado toma importancia el Derecho de Telecomunicaciones, Derecho Informático, entre otros.

1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Hemos analizado los antecedentes, importancia y efectos en el Derecho de las tres primeras revoluciones industriales, sin embargo, de acuerdo con Klaus Schwab (2016) fundador y director general del Foro Económico Mundial, actualmente estamos viviendo la Cuarta Revolución Industrial, lo que significa un momento en la humanidad de transformación, cambios y oportunidades.

Para Schwab la Cuarta Revolución Industrial es distinta a las anteriores, no solo porque conecta máquinas y sistemas inteligentes, sino porque su alcance y espectro es más amplio. El mundo de hoy es globalizado, lo que permite comunicar en segundos lo que pasa desde un continente al otro, y los efectos de la Cuarta Revolución Industrial no son la excepción.

El impacto global que tiene esta revolución no necesariamente garantiza la accesibilidad a todos los grupos sociales de distintos países, debido a que la participación está condicionada al uso de la electricidad y de la Internet como herramienta mínima y requisito para intervenir.

De acuerdo a reportes de las Naciones Unidas, la cuarta parte de la población mundial, 1 600 millones, carece de electricidad, es decir que no pueden utilizar una refrigeradora, un microondas, por no hablar de la televisión, mucho menos imaginarse conectar un computador. Y en una era en que las naves espaciales exploran la superficie de otros planetas, millones de personas siguen cocinando y llevando su

vida cotidiana con fuentes de energía primarias como carbón y leña, que de paso son los mayores contaminantes del medio ambiente[41].

Si bien las revoluciones industriales anteriores tardaron más de 100 años en implementarse, y actualmente con los datos indicados todavía no han sido adoptadas en todos los países, se espera que a pesar de las brechas de desigualdad que amenaza dejar la Cuarta Revolución Industrial, sea la más rápida en desarrollarse y en impactar en las áreas de alcance.

Es cuestión de analizar que los grandes negocios disruptivos de hoy, que concentran el concepto de innovación y proyección de crecimiento financiero, eran prácticamente desconocidos hace pocos años. Airbnb, Amazon, Uber, eran completos extraños, sin embargo, ahora aparecen cada vez con más frecuencia en los índices mundiales de referencia a empresas exitosas.

La Cuarta Revolución Industrial, no solamente está marcada por la tecnología, sino por un desarrollo conexo con la genética, inteligencia artificial, nanotecnología, computación cuántica, entre otros. Klaus Schwab, quien ha dedicado mucho tiempo e investigación a esta temática, define como pilares y megatendencias de esta revolución a las siguientes:

a) Físicas: existen cuatro manifestaciones principales y tangibles:

    a.1 vehículos autónomos

    a.2 impresión 3D

    a.3 robótica avanzada

    a.4 nuevos materiales

b) Digitales: una de las principales aplicaciones de conexión entre lo físico y lo digital es la Internet de las cosas, el cual permite que todas las cosas tangibles del mundo como lo conocemos sean susceptibles de conectar por mandos digitales. Otra materialización digital es el uso del *blockchain*, el cual se ha convertido en uno de los protocolos de registro más seguros en el mundo, al permitir que personas

41 Ver http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd14/bgrounder_energyforall_sp.pdf.

que no se conocen colaboran entre sí, sin ningún intermediario de validación central, por ejemplo, un contador, un banco, etc. La aplicación más conocida del *blockchain* hasta la fecha es el *bitcoin* o moneda digital, sin embargo, se están realizando aplicaciones de *blockchain* para el manejo legal contractual de bancos o compañías.

c) Biológicas: es sorprendente el avance en innovación que han presentado las áreas de biología y genética en los últimos años. A manera de ejemplo, las investigaciones se tardaron más de diez años a un costo de 2.700 millones de dólares para completar el Proyecto Genoma Humano, sin embargo, hoy en día un genoma puede ser secuenciado en pocas horas y por menos de un costo de 1.000 dólares[42]. Así mismo, podemos citar el avance en la investigación médica que permite visualizar la impresión 3D de órganos humanos.

Como podemos advertir, la realidad está cambiando y la sociedad no está preparada para enfrentarla. Los retos son sociales, médicos, éticos, académicos, profesionales, económicos y sicológicos, y estamos en la obligación de asumirlos con responsabilidad.

Una de las áreas de cambio inminente es el marco regulatorio, la intervención de los abogados desde sus distintas áreas, la definición de la normativa más adecuada para lograr el aprovechamiento de las oportunidades que nos deriva el transcurso de la Cuarta Revolución Industrial.

Conforme lo hemos citado, es una realidad que el Derecho es una rama que se ve afectada por los cambios de una revolución industrial. Ahora nos queda analizar los ámbitos de impacto que se generan, para lo cual realizaremos una segmentación ejemplificativa de problemáticas jurídicas que deben atenderse.

2. PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Uno de las áreas más desarrolladas en la Cuarta Revolución Industrial es el BIG DATA. Este término describe el inmenso volumen de datos que se pueden recopilar, tanto de manera estructurada como no estructurada. Sin embargo, no es la cantidad de datos lo que realmente importa en esta herramienta, sino la utilidad que brinda contar con un

42 Ver Klaus Schwab (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*. Madrid: Debate

banco de datos de gran tamaño, lo que las organizaciones potencialmente pueden realizar con los datos.

Con Big Data se puede analizar para obtener ideas que conduzcan a mejores decisiones y movimientos de negocios estratégicos, en virtud que sustituyen a encuestas o pruebas de mercado y permiten ajustar las ofertas empresariales a los requerimientos precisos de los usuarios que se constituyen como mercado objetivo.

Si estamos frente a la monetización significativa de bancos de datos personales, ¿qué pasa con el Derecho a la privacidad y la protección a los datos personales?

Podemos partir indicando que un dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. De acuerdo con Elena Gil González[43] se considera que una persona es identificada cuando la información disponible indica directamente a quién pertenece, sin necesidad de realizar una averiguación posterior. Por su parte, una persona es identificable cuando, aúnque no haya sido identificada todavía, sea posible hacerlo.

Las problemáticas del Big Data se potencian cuando a través de su desarrollo, todos los datos, así sean "anónimos" permiten identificar a las personas, ya sea por sus patrones objetivos o subjetivos. O más aún, por las conexiones que se generan entre un servidor y otro, con los datos ingresados en cada uno de ellos.

Elena Gil González realizó en el año 2016, en Madrid, una publicación que analiza el impacto que tiene el Big Data en la protección de los datos personales, e identificó las principales amenazas que conlleva, las cuales se pueden homologar a nuestra realidad:

i. "*La normativa no se encuentra adaptada al nuevo entorno tecnológico.* La publicación de la Directiva de Protección de Datos, que es la norma de la que parten las demás normas de protección de datos de la Unión Europea, esto es, antes incluso de la generalización de Internet, y de fenómenos como la ubicuidad de los dispositivos móviles y de geolocalización o las redes sociales, por no mencionar las tecnologías disruptivas como el *big* data o el *cloud computing.*

43 https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/premios_2015/Big_Data_Privacidad_y_proteccion_de_datos.pdf.

ii. *El principio de minimización de datos no se cumple en la práctica.* Este principio implica que los datos recopilados no deben ser excesivos, sino que debe recopilarse solo la cantidad mínima necesaria para el fin para el que se recogen. Pues bien, en muy pocas ocasiones las autoridades de protección de datos obligan de forma efectiva a las empresas a rediseñar sus procesos para minimizar los datos recabados. Es más, el principio de minimización de datos se contrapone contra la misma lógica del big data. Los nuevos modelos analíticos se basan precisamente en el estudio de cantidades masivas de datos sin los cuales no podría extraerse el conocimiento que nos permite el big data.

iii. *La normativa confía demasiado en el consentimiento informado del individuo para recopilar y tratar sus datos de carácter personal.* Esto supone un problema. La gran mayoría de los individuos no lee las políticas de privacidad antes de prestar su consentimiento; y aquellos que lo hacen no las comprenden. Así, otorgar el consentimiento es, con carácter general, un ejercicio vacío.

iv. *La anonimización ha demostrado tener limitaciones.* Si bien se presentaba como la mejor solución para tratar los datos protegiendo la privacidad de los sujetos, en los últimos años se han dado numerosos casos de reidentificación de bases de datos que habían sido anonimizadas. Cada vez se hace más sencillo reidentificar a los sujetos, ya no solo a través del análisis de distintas fuentes que contienen datos personales parciales de una persona, sino a través de datos no personales. Esto supone un debilitamiento de la anonimización como medida para asegurar la privacidad durante el tratamiento de datos.

v. *El big data aumenta el riesgo relacionado con la toma de decisiones de forma automática.* Esto hace que decisiones trascendentales para nuestra vida, tales como calcular nuestro riesgo crediticio, queden sujetas a algoritmos ejecutados de forma automática. El problema surge cuando los datos que son analizados por medio de los algoritmos no son precisos o veraces, pero los individuos no tienen incentivos para corregirlos porque no son conscientes que están siendo utilizados para tomar decisiones que les afectan”[44].

44 https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/premios_2015/Big_Data_Privacidad_y_proteccion_de_datos.pdf.

En el Ecuador, el Derecho a la privacidad y manejo confidencial de los datos personales está consagrado en la Constitución, que en su artículo 66 numeral 19 de forma textual dispone:

“Se reconoce y garantizará a las personas…19. El Derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.”

Adicionalmente, en el año 2010 se publicó la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que en su contenido regula la confidencialidad, publicidad y manejo adecuado de los datos personales en registros públicos y acceso a estas bases de datos por parte de privados. Sin embargo, su enfoque es inminentemente enfocado al alcance de registro público, dejando de lado la regulación a situaciones como las que revisamos en este acápite.

El espacio dedicado a cada problemática jurídica derivada del desarrollo de la Cuarta Revolución Industrial, es únicamente una introducción al sinnúmero de teorías y análisis que puede desarrollarse en cada caso. Esta cita se ha limitado a la problemática del manejo de información privada de las personas, sin ni siquiera mencionar las teorías que pueden construirse respecto a la propiedad de la información personal en plataformas, bancos de datos, nubes virtuales, etc.

Así mismo, tampoco se ha considerado la regulación del uso de la imagen de las personas, en un mundo en que ya no existen secretos por las redes sociales, o en que los drones han destruido cualquier límite o barrera para la captura de fotografías o transmisiones en vivo.

3. NATURALEZA JURÍDICA Y PARTICIPACIÓN EN LA VIDA COTIDIANA DE LOS ROBOTS

El artículo 41 del Código Civil ecuatoriano dispone que son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición.

Asimismo, el artículo 583 del mismo cuerpo legal define de manera textual que los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros Derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Si nos imaginamos por un momento a un robot como la figura animada que vimos en las películas o serie de ciencia ficción, parecería evidente encasillarlo en la calidad de bienes corporales de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, lo cual conllevaría que es propiedad privada de un dueño y por lo tanto los Derechos y obligaciones son inherentes a él.

Sin embargo, en octubre de este año, el gobierno de Arabia Saudita de manera inédita otorgó la ciudadanía de su país a un robot conocido como "Sophia".

Podemos avanzar el análisis determinando la definición de ciudadanía. La Real Academia de la Lengua Española, define a la ciudadanía como la cualidad de ser ciudadano.

Mientras que ciudadano es la persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de Derechos políticos y sometido a sus leyes, según la misma fuente.

Ahora bien, después de analizar estas definiciones, con la consideración que Sophia es ciudadana de Arabia Saudita, surgen algunas inquietudes:

i. Sophia es sujeto de Derechos y por lo tanto de obligaciones, lo que nos lleva a pensar que el mismo tratamiento se puede esperar de los cientos de robots que en este momento se están ensamblando .

ii. La ciudadanía ya no es exclusiva para los seres humanos.

iii. ¿Cuál es el límite de áreas de participación de los robots?,¿Podrían participar en política, en virtud que son ciudadanos y tienen Derechos políticos?

Este artículo no tiene como finalidad resolver estas inquietudes, sino plantearlas, con el objeto de generar interés en los profesionales del Derecho que actualmente no se proyectan a las realidades que vamos a tener en un futuro cercano.

Nos podemos cuestionar entonces si es necesario comenzar la regulación preventiva de los robots y máquinas asistenciales. En este ámbito, el Parlamento Europeo en el transcurso del 2017 ya aprobó una resolución para que la Comisión Europea empiece a estudiar y generar leyes sobre robótica. Este informe insta a la Unión Europea a sentar las bases de una legislación sobre inteligencia artificial.

El Parlamento Europeo se convertirá de esta manera en la primera institución que proponga una regulación real, estandarizada y de carácter obligatorio sobre la robótica, después de las conocidas tres leyes fundamentales que a manera de ciencia ficción planteó Isaac Asimov en el año 1942, y que se han convertido en la base de varias producciones cinematográficas, y ahora cuesta creer que no fueron consideradas en la propuesta del Parlamento Europeo.

Recordando la literatura de Asimov en su libro el Círculo Vicioso, se definieron como las tres leyes fundamentales de la robótica, las siguientes:

i. Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño.

ii. Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la primera ley.

iii. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o segunda Ley.

El Parlamento Europeo, propone seis leyes que regulen y disminuyan el impacto de la convivencia humana con los robots. Es importante señalar que todavía no son definitivas, ya que esta propuesta de carácter normativo tiene que pasar por un filtro de discusión en la **Comisión Europea.**

La propuesta regulatoria para los robots se basa en los siguientes principios:

a. Los robots deberán tener un interruptor de emergencia

El interruptor tiene como finalidad contar con una solución de emergencia inmediata en caso que exista una situación de peligro

generada por el robot o contra el robot. Si bien las máquinas son controladas por sus creadores, la evolución y desarrollo de la inteligencia artificial abre un sinnúmero de posibilidades inciertas del comportamiento de lo que al día de hoy todavía es desconocido.

Basta recordar que, en el pasado mes de julio, conocimos que una división de investigación de Facebook se encontraba mejorando los *chatbots* de la aplicación. Para probar el invento, dejaron a dos máquinas que de manera independiente mantengan una conversación entre sí, y el resultado fue que las máquinas crearon un nuevo idioma ajeno al conocimiento humano, por lo cual al no estar en control de sus creadores tuvieron que ser apagadas.

b. Los robots no podrán hacer daño a los seres humanos

De la sola lectura de esta ley, podemos colegir que está fundamentada en el primer principio de Asimov. Al parecer, tiene como finalidad dar seguridad a las personas, prohibiendo la creación y uso de máquinas que tengan como finalidad lastimar o hacer daño a los seres humanos.

c. No podrán generarse relaciones emocionales con los robots

Los principios propuestos por la Unión Europea consideran que los seres humanos no deben involucrarse emocionalmente con los robots, más aún cuando actualmente la inteligencia artificial aprende e imita comportamientos programados o expuestos, sin embargo, todavía no son capaces de sentir emociones, amor, compasión o pena, que en el fondo se constituye la diferencia esencial con los humanos.

d. Los robots que sean más grandes deberán contratar un seguro obligatorio

La Unión Europea propone disponer de manera obligatoria que los dueños de los robots de mayor tamaño, que por su estructura y posible impacto son considerados los que más riesgo tienen de provocar menoscabos en el entorno tanto a bienes como a personas, deben contratar un seguro obligatorio contra daños a terceros, de esta manera, cualquier daño ocasionado por el robot, estaría cubierto.

e. Derechos y obligaciones para los robots. Calidad de los robots.

La Unión Europea propone que los robots sean clasificados como personas electrónicas, este es el nombre escogido para su referencia legal. Sin embargo, al denominarles como personas, existe el cuestionamiento si a su calidad de "personas electrónicas" le son inherentes Derechos y obligaciones. El alcance de esta cuestión es muy amplio, y será la base para limitar su participación en los distintos ámbitos sociales para los que sean desarrollados.

f. Los robots tendrán la obligación de pagar impuestos

En una entrevista realizada por el portal de información económica llamado *Quartz*, en el año 2017 el multimillonario Bill Gates advirtió que los robots deberían pagar impuestos, de manera textual indicó lo siguiente:

"Sin duda, habrá impuestos relacionados con la automatización. En este momento, si una persona hace un trabajo valorado en US$50.000 en una fábrica, ese monto es sometido a impuestos sobre la renta, impuestos de la seguridad social y todas esas cosas. **Si un robot viene para hacer el mismo trabajo, pensaría que habría que ponerle un impuesto del mismo nivel".**

En esa misma línea el Parlamento Europeo busca poner en la mesa de discusión que para reducir el impacto de los robots en el empleo humano, se pueden cobrar impuestos a su uso, más aún cuando su entrada en el mercado laboral obligará a muchas empresas a despedir a sus empleados, ya que se espera que los robots realizarán el mismo trabajo a un precio menor y de manera más eficiente.

Estos principios atienden las inquietudes de seguridad que pueden presentar los seres humanos al momento de convivir con los robots, sin embargo, existen muchas áreas que no son cubiertas con los mismos, por ejemplo, el impacto en el desempleo que se especula genere el ingreso masivo de los robots al mercado laboral.

4. CAMBIOS REPRESENTATIVOS EN EL DERECHO LABORAL

Como se señala en el apartado anterior, no solo es el ingreso de las máquinas lo que peligra la estabilidad laboral de las personas, sino también la aplicación de procesos de automatización, o la incorporación de inteligencia artificial y la robótica. Esta no es una problemática que se espera que afecte solo a países pobres o subdesarrollados, caso contrario, se trata de un problema general que impactará en los distintos procesos productivos, iniciando por aquellos que concentran trabajos repetitivos.

Will Robots Take My Job? es una plataforma web basada en un estudio realizado por dos académicos de la Universidad de Oxford, el cual fue publicado en septiembre del año 2013, donde se analizaron más de 700 profesiones y el riesgo que sufrían de en los próximos años ser automatizados por robots.

Los resultados de este estudio concluyen que 47% de la Población Económicamente Activa de todos los países tiene riesgo de perder su puesto de trabajo. Esto significa que s**e podrían perder más de 1.600 millones de empleos, con el respectivo impacto que representa para las familias.**

Las ocupaciones más vulnerables para ser afectadas con su eliminación o automatización son: cajeros de bancos o cajeros de supermercados, carteros o personal de oficinas de correo o de mensajería, agentes de viajes o vendedores de paquetes turísticos, incluso agricultores que podrían ser reemplazados por sensores implementados para el riego y fumigación.

Estos datos no pueden ser únicamente de alarma, debemos considerarlos como oportunidad, porque la llegada de la Cuarta Revolución Industrial, no solamente eliminará empleos, sino que desarrollará nuevos puestos de trabajo, especialmente en las áreas analítica y digital.

En relación con los abogados, si bien no figura entre las profesiones que más probabilidad tengan para desaparecer, existen varios indicadores que deben tomarse en cuenta con la finalidad que nos anticipemos en el mercado y tomemos medidas innovadoras que nos permitan alcanzar ventaja competitiva en la región.

Esto implica también la adaptación de la normativa a la naturaleza de las funciones que desempeñarán y predominarán en las relaciones obrero-patronales.

Actualmente tanto el Código de Trabajo de nuestro país, como las regulaciones complementarias en materia de Seguridad, Higiene y Salud Ocupacional contemplan actividades de esfuerzo físico como aquellas que hacen más vulnerable la seguridad de un trabajador, sin embargo, nada se contempla respecto a los riesgos en la salud física y sicológica de las nuevas modalidades de trabajo.

En esta línea, la Organización Internacional del Trabajo el pasado agosto, instaló una Comisión Mundial de alto nivel sobre el Futuro del Trabajo, la cual está conformada por 28 miembros que tendrán el reto de aterrizar la innovación tecnológica al mercado laboral existente con el menor impacto negativo posible.

De acuerdo con la plataforma oficial de la OIT, este órgano global deberá emprender un examen exhaustivo sobre el futuro del trabajo que proporcione una base analítica para la implementación de la justicia social en el siglo XXI, como principal meta de su trabajo. La Comisión se centrará específicamente en la relación entre el trabajo y la sociedad, y en el difícil desafío de crear empleos decentes para todos, la organización del trabajo y de la producción, y la gobernanza del trabajo, en los albores de la Cuarta Revolución Industrial.

La posible disminución de los puestos de trabajo no es la única preocupación del Derecho laboral, sino la falta de modalidades contractuales que se adapten a los requerimientos de una sociedad que se ha transformado de manera radical.

El Código Laboral del Ecuador data del año 1938. En su momento fue una conquista histórica, ya que este cuerpo legal fue el resultado de los logros de la Revolución Juliana. En ese entonces, la preocupación social era encabezada por la ausencia de estabilidad laboral y respeto a los Derechos de los trabajadores, por lo cual el Código de Trabajo, al incluir el contrato individual de trabajo, la duración máxima de la jornada, el descanso semanal obligatorio, tratamiento a los trabajadores en caso de accidentes laborales, enfermedades profesionales, protección de maternidad, jubilación, etc.

Sin embargo, 79 años después los requerimientos y necesidades sociales son totalmente diferentes. Es nuestra obligación no solamente legislar o resolver problemáticas coyunturales, debemos preparar el marco regulatorio adecuado para construir una fuerza laboral a nivel país que sea competitiva y respete los Derechos del empleador y del trabajador de acuerdo con las necesidades actuales que se presentan.

A manera de ejemplo, la tendencia laboral a nivel mundial es la flexibilización en la forma de prestar el servicio. Cada vez es más común la no exigencia de horarios, uso de uniformes, e incluso la presencia física de las personas en las oficinas, porque la globalización permite que podamos trabajar de manera remota desde cualquier parte a través de un ordenador.

Empresas como Google, Facebook, *Linkedin, Netflix, Airbnb*, aparecen en los índices de mejores empleadores, y esto responde a sus políticas internas de beneficios a favor de sus trabajadores.

Los beneficios más recurrentes que otorgan estas empresas son relacionados a mayor cantidad de días libres remunerados al año, créditos para viajes, posibilidad de trabajo remoto o en oficinas con lugares para descansar o ejercitarse, entre otros.

Varios estudios coinciden en que los trabajadores ya no se proyectan de manera indefinida en una misma empresa. No es su meta el perpetuarse en un mismo puesto de trabajo hasta alcanzar una jubilación, lo cual tiene un impacto macro no solo en el presente, sino que también nos obliga a preguntarnos si el modelo de la seguridad social tal y como lo conocemos en nuestros días seguirá siendo sostenible a largo plazo.

Es plausible la iniciativa que tuvo el Ministerio de Trabajo en agosto del año 2016, cuando emitió un Acuerdo Ministerial que permita a las empresas acogerse a la figura del teletrabajo. Este documento en su artículo 2, literal a) define a esta modalidad de la siguiente manera:

"El teletrabajo es una forma de prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias y especiales de trabajo a través de la cuales el trabajador/a realiza sus actividades fuera de las instalaciones del empleador, siempre que las necesidades y naturaleza del trabajo lo permitan, 6 haciendo uso de las tecnologías de la informa-

ción y comunicación (TIC), tanto para su gestión como para su administración y control...”

Estas iniciativas permiten que las empresas y los trabajadores participen de un proceso paulatino de transformación y adaptación a las nuevas modalidades de trabajo, y de esta manera, los cambios radicales que cada vez ocurren con mayor velocidad no nos sorprendan desprevenidos.

5. INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN LOS CONTRATOS

Nuestro Código Civil que tiene la base en la conocida normativa elaborada por el chileno Andrés Bello, data su origen desde 1857. En este cuerpo legal encontramos la definición de contrato en el artículo 1454 en los siguientes términos:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

Con esta definición que ha sido aceptada por siglos para un contrato, es difícil imaginarse que la Cuarta Revolución Industrial pueda influir en los contratos como hasta ahora los conocemos.

Sin embargo, el antes referido *blockchain* permitió hace pocos años el desarrollo de los conocidos contratos inteligentes, que en su definición simple son contratos con capacidad de autoejecutarse.

Para los autores del LibroBlockchain.com, Carlos Vivas Augier, y José Ramón Morales, abogado y socio de Garrigues, uno de los principales estudios jurídicos de España, los contratos inteligentes deparan un futuro muy diferente y prometedor a las relaciones contractuales tal y como las conocemos.

Para los referidos autores, un contrato inteligente, al día de hoy es:

“...similar a un contrato tal cual lo entendemos legalmente: un acuerdo entre dos partes cualesquiera en el que se regula con cláusulas los términos y condiciones de dicho acuerdo. La diferencia está en tres aspectos fundamentales.

- Primero, es un acuerdo con capacidad de autoejecutarse. Lo que viene a ser que, sin intervención de terceras partes, se determina el cumplimiento o no de las condiciones del acuerdo y se ejecutan lo pactado en los términos. Por ejemplo, si un contrato inteligente regula la prestación de un servicio de telefonía móvil, podría tanto gestionar de forma automática el cobro de la mensualidad si durante dicho mes el servicio se prestó en las condiciones pactadas, así como tramitar la baja del servicio si el abonado cumple las condiciones para ello.

- Segundo, es un código informático -no un documento por escrito-, que "existe" en la cadena de bloques desde la que se ejecuta y le otorga la propiedad de no ser editado por cualesquiera de las partes (si no está así previamente acordado y debidamente definidas las condiciones para ello en el mismo contrato).

- Tercero, y último, no requiere necesariamente de una tercera parte para contraer y validar el acuerdo. Sin embargo, esto no debe entenderse como que el servicio sea gratuito. El ciclo completo de un contrato inteligente conlleva una serie de costes (o sea procesamiento, energía, programación, etc.) que las partes que hagan uso del contrato deberán asumir, por ejemplo, en forma de una comisión de los activos monetarios que gestione el contrato o una tarifa por uso.

En el futuro, los contratos inteligentes serán capaces de gestionar acuerdos y tareas cotidianas mucho más complejas, al punto que la palabra "contrato" seguramente sea inadecuada como término. Sino algo más cercano a un "asistente" o "agente" inteligente capaz de validar, decidir y ejecutar por nosotros. En todo caso, es una de las aplicaciones más potentes de la tecnología, sin duda alguna."[45]

Actualmente los bancos más grandes del mundo ya se encuentran trabajando con sistemas y plataformas contractuales de *blockchain* que les ha representado mayor eficiencia en la prestación de servicios e inclusive ahorro significativo al momento de contratar estudios jurídicos para el manejo contractual.

45 http://www.eleconomista.es/economia/noticias/8312353/04/17/Los-contratos-inteligentes-seran-cada-vez-mas-complejos-gracias-al-Blockchain.html.

6. CONCLUSIONES

La Cuarta Revolución Industrial llegó para quedarse. Su impacto es perceptible en todos los ámbitos de la vida cotidiana del ser humano, la influencia de la tecnología en todos los procesos conocidos cambia la forma en que percibimos nuestra vida hasta el día hoy.

Es obligación de todos los ecuatorianos investigar y capacitarnos sobre los efectos que esta revolución conlleva. No podemos dejar que se profundicen las brechas de desarrollo de nuestro país con lo que ocurre en países de primer mundo. Esta es una oportunidad para disminuir la distancia que nos separa.

Los abogados jugamos un rol muy importante en la adaptación e implementación del marco regulatorio, porque desde el lugar en el que nos encontremos, sea el gobierno, la empresa privada o la academia tenemos la responsabilidad de contribuir con la construcción de una visión a largo plazo.

Depende de nosotros y de nuestras decisiones el lugar en el que queremos posicionarnos en algunos años. Si hoy decidimos innovar la forma en que ejecutamos nuestra profesión, tenemos la oportunidad de realizar proyectos legales inéditos a nivel regional, y si no lo hacemos, la decisión es quedarnos como seguidores de lo que otros países en este momento ya están desarrollando.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Energía para todos, Recuperado el 10 de mayo del 2017: http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd14/bgrounder_energyforall_sp.pd

Gil, E. (2015). *Big Data*, XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos Big data, privacidad y protección de datos. ACCÉSIT

Preukschat, A. (2017). *Los contratos inteligentes serán cada vez más complejos gracias al Blockchain*. Madrid: El Economista

Schwab, K. (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*. Madrid: Debate.

Recibido: 25/08/2017

Aceptado: 22/11/2017

Mgtr. Jessahé Carla Navarrete Villalba: Docente tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Correo electrónico: CJNAVARRETE@puce.edu.ec

Breve Panorama de los Asesores de Voto (Proxy Advisors) en el Perú

Brief Overview of Vote Advisors (Proxy Advisors) in Peru

Dr. Edison Paul Tabra Ochoa, PhD.
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 99-119, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el propósito del presente artículo es ofrecer al lector un breve Estado de la cuestión en el cual se desenvolverán los asesores de voto en caso de iniciar operaciones en el Perú. El estudio comprende un análisis de la legislación de mercado de valores, de fondos de pensión y las prácticas de buen gobierno corporativo. La idea central de este estudio es mostrar que el mercado peruano requiere establecer un conjunto de normas mínimas que protejan los intereses de los inversionistas institucionales y, a la vez, crear un conjunto de prácticas de gobierno corporativo exigibles a los asesores de voto.

PALABRAS CLAVES: asesor de voto, activismo, gobierno corporativo, inversionista institucional, responsabilidad.

ABSTRACT: this article makes a short introduction about Peruvian legal situation in case Proxy Advisers starts operations. The research works Peruvian Securities Act, Pension Funds Law, and local corporate governance practices. The main idea is to propose Peruvian market needs a minimum rule to protect interests of institutional meanwhile is necessary the creation of group of corporate governance practices to make work of proxy advisers more transparent and responsible.

KEYWORDS: proxy advisors, activism, corporate governance, institutional investor, responsibility.

INTRODUCCIÓN

Los *Proxy Advisor* influyen en las decisiones de los inversionistas institucionales, por medio de las recomendaciones de los votos que estos últimos deben de adoptar en la junta de socios de la empresa emisora. Esta influencia también se extiende a la protección de los intereses de los *stakeholders* que conforman los grupos de interés del inversionista institucional, especialmente los socios minoritarios y clientes. Asimismo, los asesores de voto colaboran con el cumplimiento de los criterios de “activismo”, “responsabilidad”, “transparencia”, en favor del inversionista institucional.

Asimismo, el crecimiento del mercado peruano va a constituir un factor adicional para la presencia de los *Proxy Advisors* en el país. Sin embargo, la necesidad de contar con los servicios de “asesoría de voto”, aún se vislumbra lejana e innecesaria. En contrapartida, a medida que las empresas locales crezcan y se internacionalicen, tenderán a cotizar en bolsa o en el mercado de valores, lo cual atraerá la presencia de los inversionistas institucionales foráneos. Estos últimos son quienes contratan los servicios de los asesores de voto para respaldar el sentido de su voto en la Junta de accionistas.

Ante este panorama, el Derecho de la Empresa en el Perú tiene el enorme de reto de crear los mecanismos legales que protejan los intereses de los socios minoritarios y de los clientes de las empresas de inversión. Además, tiene como misión regular la conducta de aquellas empresas de asesoría que colaboran con los inversionistas institucionales. El asesor de voto o *Proxy Advisor* puede convertirse en una suerte de instrumento efectivo que fomente la participación del inversionista en el gobierno de las empresas emisoras de forma “responsable”, “activa” y “transparente”. Por extensión, también protege los objetivos de los demás grupos de interés (socio minoritario y cliente). Según esta perspectiva, a continuación, se proponen algunas pautas de regulación de los asesores de voto de acuerdo a la legislación.

El presente artículo muestra un breve panorama legal del desarrollo de la figura del asesor de voto en el Perú y propone algunas recomendaciones para su efectiva implementación en el ámbito del mercado de valores. Creemos que la descripción de nuestra experiencia servirá de referencia para otras legislaciones que se encuentran en la misma situación de estudio de esta interesante figura legal.

1. MERCADO DE VALORES

La presencia de los asesores de voto en el mercado de valores peruano se manifiesta con la imagen de los inversionistas institucionales[46]. Este tipo de inversores requieren del apoyo o asesoría de los *Proxy Advisors* para que, en su representación, revisen las propuestas de agenda que las empresas emisoras plantean a los accionistas (inversores) y, también, para que recomienden el sentido de voto del inversionista. En este contexto, los *Proxy Advisors* que asesoren a inversionistas institucionales tendrán en cuenta los alcances legales que regulen su funcionamiento en el mercado peruano. Asimismo, los Proxy Advisors considerarán la legislación de mercado de valores para el ejercicio óptimo de su trabajo: Ley de Mercado de Valores, el Reglamento de los Inversionistas Institucionales y, accesoriamente, el Reglamento de la oficina de protección al inversionista.

1.1. Inversionista institucional

En los EEUU, la figura de los *Proxy Advisors* surgió por la existencia de la *Employment Income Security Act* (1974) y la *Investment Act Rule* (1940). Ambas leyes exigen a los asesores de inversión que justifiquen o demuestren que ejercen el voto en las empresas donde poseen inversión, de acuerdo con los intereses de sus clientes y con la posibilidad de utilizar las recomendaciones de un tercero independiente.

Al contrario, en Europa, la necesidad de regular a los asesores de voto surge por su presencia en el mercado europeo. Sin embargo, a diferencia de los EEUU, el organismo comunitario y las legislaciones europeas optaron por escoger la autorregulación propia como el medio

46 El anexo 1, del Reglamento del Mercado de Inversionistas Institucionales, aprobado por Resolución SMV Nº 021-2013-SMV/01, califica como inversionistas institucionales a los bancos, financieras y compañías de seguros y demás empresas señaladas por el artículo 16º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y sus normas modificatorias; los agentes de intermediación; las administradoras privadas de fondos de pensiones; las sociedades administradoras de fondos de inversión; las sociedades administradoras de fondos mutuos y las sociedades titulizadoras. También califican como inversionistas institucionales entidades del exterior, entidades prEstadoras de salud, personas naturales, personas jurídicas, y fondos y patrimonios autónomos siempre que cumplan determinados criterios.

ideal para delimitar la conducta de los asesores de voto. Es decir, cada *Proxy Advisor* se autorregula por medio de sus códigos de conducta o prácticas de gobierno corporativo.

A diferencia de los EEUU, la legislación peruana no obliga a los inversionistas institucionales a que justifiquen el sentido del voto que han de ejercer en las Juntas de socios de la empresa emisora y tampoco que certifiquen su viabilidad por medio de una entidad independiente. La Ley de Mercado de Valores de Perú, en su artículo 16-A, exige a los inversionistas institucionales comportarse con "diligencia" y "transparencia" en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado[47]. También, la norma les impone el deber de reducir los riesgos de conflictos de interés, priorizar el interés de sus clientes y administrar sus fondos de forma ordenada, prudente y según los intereses de sus clientes (ídem).

Para el caso peruano, la regulación de los *Proxy Advisors* deberá optar entre estas opciones que han presentado las experiencias de EEUU y Europa. En otras palabras, el legislador deber escoger entre crear o modificar alguna norma estatal ya existente o debe optar por dejar en manos de la empresa su regulación.

1.2. Autorregulación

En este contexto, la figura de los *Proxy Advisors* puede implementarse en el mercado peruano como el instrumento que tienen los inversionistas institucionales para demostrar a los clientes y al mercado que cumplen con gestionar sus fondos, con arreglo a los criterios de

---

47 Artículo 16 A.- Deberes para con los Clientes y el Mercado
Las personas inscritas en el Registro que actúan en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes de inversión como asesorando o administrando inversiones en valores por cuenta de terceros o patrimonios autónomos, deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. **Asimismo, deberán organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.** Estas personas deben gestionar s**u actividad de manera ordenada y prudente, cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios, asegurándose que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados** (el resaltado es nuestro).

diligencia y como un factor que otorgaría mayor transparencia a sus procesos de adopción del sentido de voto que han de ejercer en la Junta de socios de la empresa emisora. En este sentido, la norma 16-A de la Ley de Mercados de Valores es suficiente para fundamentar la necesidad del inversionista de optar por contratar los servicios de un *Proxy Advisor*. En cuanto a los criterios de contratación, los requisitos que debe reunir el asesor de voto, la calidad de personal que debe contar, entre otros aspectos, el inversionista institucional podría incluirlos mediante la autorregulación.

Un caso parecido es Inglaterra, donde los inversionistas institucionales contratan los servicios de los *Proxy Advisors* por recomendaciones del UK *Stewardship Code*, que invita a los inversores el ejercicio de una conducta "activa" y "responsable" en la gestión de los fondos de sus clientes. Los casos de River & Mercantile Asset Management y Aberdeen Asset Management son ilustrativos. Ambas empresas inglesas se dedican a invertir los aportes de sus clientes en diferentes empresas nacionales e internacionales y ejercitan el voto en las Juntas de socios para demostrar que ejercen una labor "activa"[48] y en beneficio de los "mejores intereses"[49] de los clientes y, complementariamente, de acuerdo con las recomendaciones de la UK *Stewardship Code*. Entonces, si el rol del *Proxy Advisor* en Inglaterra se justifica en base a la existencia de normas de autorregulación (normas de conducta), también es posible implementar su funcionamiento en el Perú, sin necesidad de contar con normas estatales.

1.3. Regulación estatal

En esta opción, el legislador opta por modificar la misma norma 16 A del Mercado de Valores y especificar, de manera clara, que, al igual que la legislación Estadounidense, el inversionista institucional debe argumentar el voto que ha de ejercitar en la Junta de socios de la empresa emisora y sustentarlo con la recomendación profesional de un asesor de voto. Al igual que el anterior caso, los criterios de selección y contratación de dicho asesor podrían reglamentarse por medio de la autorregu-

48 Aberdeen Asset Management (2016). Disponible en: http://aboutus.aberdeen-asset.com/en/aboutus/expertise/equities/stewardship/delivery [Consulta: 07 de setiembre de 2016].

49 Rivera & Mercantile Asset Management (2016). Disponible en: http://www.riverandmercantile.com/river_and_mercantile_asset_management/about_us/corporate_governance/voting_and_engagement. [Consulta: 07 de setiembre de 2016].

lación propia que cada inversionista establezca en sus códigos de conducta, prácticas de gobierno corporativo o en sus políticas de inversión.

Los casos de BlackRock Capital Investment Corporation[50] y Franklin Templeton Investments[51] ilustran esta. Ambos son inversionistas institucionales Estadounidenses que han regulado sus políticas de participación en el gobierno de sus empresas emisoras, según las exigencias legales del *Employee Retirement Income Security* (ERISA) de 1974 y el Invesment Advisers Act de 1940. Ambas normas exigen a los inversionistas institucionales, constituidos en los EEUU, que cumplan con los criterios de defensa de los intereses de sus clientes. Para ello, pueden contar con el apoyo de una entidad independiente que certifique la efectividad del voto, que ha de ejercer en la Junta de socios de la empresa emisora.

1.4. Posición personal

La figura de los *Proxy Advisors* es relevante, porque sus recomendaciones contribuirán a incluir criterios de activismo, responsabilidad y defensa de intereses de los clientes. Sus actos de inversión serán más transparentes y beneficiarán a los agentes de mercado más próximos (socios minoritarios y clientes). En este sentido, la responsabilidad social que tienen las empresas de inversión con el mercado, constituye el mejor incentivo para acudir a los servicios de los asesores de voto. Es decir, factores como la necesidad de mejorar sus índices de reputación corporativa, incrementar su competitividad para captar un mayor número de clientes, retener a sus socios, reducir los índices de desconfianza de su labor, mejorar la transparencia de su actividad económica, entre otros motivos, serán las causas que inducirán a los inversores a contratar los servicios de un asesor de voto.

Visto lo anterior, la promoción de la figura de los asesores de voto debe realizarse según los mecanismos de autorregulación ya existen-

---

50 Aúnque no lo menciona expresamente, *BlacRock* ofrece planes de retiro que están regulados por el *Employment Retirement Securities Investment* (ERISA). BlackRock Capital Investment Corporation (2016). www.blackrock.com/corporate/en-dk/about-us/blackrock-capital-investment-corporation. [Consulta: 07 de setiembre de 2016].

51 Frank Templeton Investments (2016). Disponible en www.franklintempleton.com/content-common/miscellaneous/regulatory-legal/en_US/TAML_ProxyVotingPolicies.pdf [Consulta: 07 de setiembre de 2016].

tes en el mercado peruano, como las prácticas de buen gobierno corporativo o el cumplimiento de códigos de conducta. Tales mecanismos, junto con el artículo 16 A de la Ley de Mercado de Valores y otras normas complementarias[52], se constituirán en un eficaz instrumento regulatorio que favorecerá la necesidad de contratar a empresas dedicadas al *Proxy Advisory Service*. Más aún en el caso de los Fondos de Pensión, debido a que los problemas de transparencia y probables conflictos de interés en su administración amerita la necesidad de contar con un tercero que certifique la eficacia del ejercicio de su voto en las empresas emisoras, para beneficio de sus socios minoritarios, pero, principalmente, para cautelar el interés de los aportantes.

En síntesis, los *Proxy Advisors* son el medio que permite a los inversionistas institucionales del mercado peruano mejorar los niveles de transparencia, confianza y efectividad de su participación en el gobierno de las empresas emisoras que, como consecuencia, protegen los intereses de sus socios minoritarios y clientes de manera de más efectiva.

1.5. Asesor de voto

La labor del asesor de voto difiere respecto al trabajo del asesor de inversión (asesor financiero). La conclusión fue que esta última emplea sus conocimientos especializados en el mercado de valores con la función de aconsejar, opinar o recomendar al inversionista, para que este adopte decisiones de inversión de manera informada. *El Proxy Advisor* colabora en el estudio y análisis sobre el sentido de voto que el inversor debe ejercer en la Junta de socios de la empresa emisora.

Por tanto, dado que la función que desempeña el asesor de voto es diferente a la del asesor de inversión, no le serían aplicables las normas de este último. Por ende, una empresa que desea constituirse como un *Proxy*

52 Merece destacar la Resolución Nº 033-2015-SMV/01 de la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú que obliga a las empresas, que cotizan en bolsa, a presentar un Reporte de Sostenibilidad Corporativa cada año.
Este informe puede constituirse en una forma de exigencia para que las empresas emisoras demuestren que están cumpliendo con los criterios de responsabilidad social. Esta exigencia, a su vez, puede provenir de las propuestas de los inversionistas (institucionales) de dichas empresas emisoras que las han recibido de las recomendaciones de su *Proxy Advisor.*

Advisor podrá hacerlo al amparo de la Ley General de Sociedades[53]. Sin embargo, de acuerdo con el último párrafo del artículo 12º de la Ley de Mercado de Valores[54], la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) tendría la facultad de normar la actividad de los asesores de voto para garantizar la transparencia del mercado, de considerarlo conveniente.

El ejercicio de esta competencia por parte de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) es importante, en tanto que previene determinadas situaciones que cuestionarían la profesionalidad y neutralidad del *Proxy Advisor* y perjudicarían los intereses de los agentes del mercado. Según las características propias del mercado peruano y de la presencia de empresas de capital cerrado y de propiedad de grupos societarios, es necesario que el funcionamiento de las empresas asesoras de voto cumpla determinados criterios legales, para prevenir potenciales problemas que pongan en riesgo la transparencia de su trabajo[55]. En este sentido, las normas del regulador pueden considerar la exigencia legal a los *Proxy Advisors*, que son parte de un grupo empresarial, la implementación de un sistema de controles de "cortafuego" *firewall* para prevenir potenciales conflictos de interés o problemas de transparencia.

No obstante, en caso que la Superintendencia decida no regular la actividad de los asesores de voto o, mientras dure el proceso de estudio, es posible que cada *Proxy Advisor* tenga que autorregularse

---

53 Sobre este tema hay cuestiones a considerar para realizar futuras investigaciones. Una cuestión es la posibilidad que las sociedades agentes de bolsa (SAB) y las sociedades intermediarias de valores (SIV) pueden incluir el servicio estudio del voto. Al respecto, las normas de la Ley del Mercado de Valores (artículos 194º y 207 º) guardan silencio y, aparentemente, no existiría impedimento alguno. Asimismo, la posibilidad que un *proxy advisor* foráneo decida constituirse como una SAB o SIV y, paralelamente, realizar actos propios de "asesoría de voto".

54 Art. 12 Transparencia del mercado (…) CONASEV (SMV) mediante norma de carácter general, puede establecer y prohibir otras situaciones, comportamientos de abuso de mercado o que infrinjan la transparencia del mercado de valores (el resaltado es nuestro).

55 Según Puente Arnao, la transparencia equivale al concepto de mercado eficiente, entendido como la situación en la que los inversionistas asimilan toda la información necesaria para tomar sus decisiones de compra-venta de valores, y la integridad, como la no desnaturalización del mercado de valores (Puente Arnao 2000. 42). En este sentido, la competencia de la SMV estaría justificada para regular el mercado del *proxy advisory* en el Perú a través de sus resoluciones, de presentarse el caso, sin necesidad de la expedición de una nueva ley.

a través de sus propias normas o políticas de transparencia. Esta posibilidad es utilizada en EEUU por el *Proxy Advisor* Institutional Shareholders Service Inc. (ISS).

En el 2014, Vestar Capital Partners, un conocido fondo de inversiones en EEUU, adquirió ISS[56]. Este hecho suscitó dudas acerca que ISS pueda actuar de forma parcializada en las recomendaciones hacia las empresas emisoras de propiedad de Vestar. Ante esta situación, ISS transparentó sus políticas de recomendación de voto, implementó un programa de cumplimiento y creó una política interna de barrera informativa (*firewall*) (ISS 2014, 20)[57]. Como parte de esta barrera informativa, ningún directivo o empleado de Vestar puede participar o colaborar en el trabajo de ISS y tampoco acceder a su base de datos[58].

En este sentido, para el caso peruano, cualquier *Proxy Advisor* que pertenezca a un grupo empresarial, también deberá acreditar que ha implementado dicha política de mitigación de conflictos de interés para garantizar la transparencia de su trabajo y demostrar la protección de los intereses de los inversionistas institucionales y, principalmente, de los socios minoritarios y los clientes de estos. Similar criterio debe de aplicarse con más rigor en el caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), para cautelar los aportes de sus clientes debido a su naturaleza de aportes previsionales.

1.6 La Defensa del inversionista

La existencia de los *Proxy Advisor* se sustenta en la necesidad de fortalecer el voto que el inversionista institucional ejerza en la Junta de socios de las empresas emisoras y mejorar el gobierno de estas. Sin embargo, el mercado y la regulación deben considerar el supuesto caso que un asesor de voto no cumpla con su trabajo y perjudique los

---

56 Vestar Capital Partners (2016). Disponible en www.vestarcapital.com/portfolio/. [Consulta: 08 de setiembre de 2016].

57 Más detalles en el documento *Policy on Potential Conflicts of Interest Related to Institutional Shareholder Services Inc.* Disponible en www.issgovernance.com/file/duediligence/2014-ISS-Conflicts-Policy-6-19-2014.pdf. [Consulta: 08 de setiembre de 2016].

58 Más detalles en el documento *Policy on Mitigation of Potential Conflicts of Interest Related to Institutional Shareholder Services Inc.* Disponible en www.issgovernance.com/file/duediligence/2014-Vestar-Conflicts-Policy-6-18-2014.pdf. [Consulta: 08 de setiembre de 2016].

intereses de inversionistas institucional e, indirectamente, de los socios minoritarios y clientes de este último.

En el Perú, la defensa del inversionista ha sido instituida en virtud a la Resolución Nº 003-2012-SMV/01. Según el artículo 1º, se fortalece su protección y se vela por el respeto de sus Derechos en el mercado de valores del país. El artículo 3º, párrafo 1, establece que cualquier inversionista que considere que algún agente de intermediación, dentro de la competencia de la SMV, estaría afectando sus Derechos puede acudir a la defensoría y recibir orientación sobre los mecanismos que posee para formular la denuncia ante los órganos correspondientes[59]. El literal "c" de la norma en cuestión prevé que el inversor opte por formular su denuncia ante la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), en caso de infracción a las normas de mercado de valores; ante el Indecopi, en caso de una posible infracción de las normas del consumidor; o acudir a la vía arbitral, conforme al artículo 340º de la Ley de Mercado de Valores.

Sin embargo, para el caso de los *Proxy Advisors*, la norma en cuestión no resulta aplicable para los inversionistas institucionales del mercado local. Esto debido a que el asesor de voto no es un asesor de inversiones propiamente y no está dentro de la competencia de la Ley de Mercado de Valores, como sí lo está el Inversionista Institucional. Entonces, la forma ideal de protección de los intereses del inversionista será por medio de la regulación contractual que exista entre él y el asesor de voto. En dicho contrato, el *Proxy Advisor* y su cliente inversionista acuerdan los términos y las condiciones según los cuales se realizará el servicio de *Proxy Advisory* Service (ISS 2014, 5).

Según el artículo 3º, inciso 5, del Reglamento, un criterio a considerar es la facultad del defensor del inversionista de identificar y formular proyectos de normas para fortalecer la protección de los Derechos de sus clientes. Así, el defensor puede fundamentar la necesidad de incluir a los *Proxy Advisors* bajo el control de la Ley del Mercado de Valores[60]. En ese caso, la Superintendencia estaría facultada de proponer

59 Para un mayor estudio se aconsejar revisar Stucchi López Raygada, Pierino; Gil Dolz, Julio; y Angarita Fonseca, Javier (2013) Mecanismos de solución de controversias y garantías a favor del inversor. en Estudio sobre la protección del inversor en Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores (IIMV), Madrid. 211-244.

60 Sin perjuicio de ello, los *Proxy Advisors*, que así lo deseen, pueden optar por someterse a las competencias de la Ley y de la SMV como parte de sus prácticas de gobierno.

al Congreso la modificatoria de dicha Ley. Una vez que el Congreso apruebe su inclusión, la Superintendencia podrá ampliar sus alcances por medio de una Resolución.

2. SISTEMA FINANCIERO

Las entidades del sistema financiero califican como inversionistas institucionales[61]. Por tanto, la regulación de los *Proxy Advisors* en las entidades financieras y crediticias sería de acuerdo con los criterios desarrollados en la parte del mercado de valores. El trabajo de los asesores de voto recae en la labor de los inversionistas institucionales y de las entidades del sistema financiero. Sin embargo, la importancia que tienen las Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) en el mercado financiero local justifica la necesidad de recomendar, de forma adicional, el uso de los servicios de los *Proxy Advisors*.

2.1. Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) tienen incentivo para contratar los servicios de los asesores de voto para acreditar que, cumplen de manera diligente, la correcta gestión de los fondos de sus aportantes y el estudio de los riesgos. El artículo 21-B de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Ley N° 25897, prescribe que las AFP asumen responsabilidad fiduciaria en la gestión de los fondos de sus afiliados y, por ende, su conducta se enmarca a actuar conforme a los criterios de reserva, prudencia y honestidad en el uso de los recursos informativos, tecnológicos y financieros que respalden los procesos de toma de decisiones de la administración.

61 El artículo 1º. inciso "b", de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), Ley Nº 26126, y el anexo 1 del Reglamento de inversionistas institucionales, Resolución SMV Nº 021-2013-SMV/01, prescriben que las entidades adscritas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) califican como inversionistas institucionales y, están bajo la supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) en aquellos aspectos que signifiquen una participación en el mercado de valores.

Este proceso de toma de decisiones debe traducirse en la correcta gestión de los fondos de los afiliados que, al mismo tiempo, genere la rentabilidad necesaria para incrementar sus prestaciones[62].

En esta misma línea, la preocupación implica la protección de los intereses de los afiliados que no poseen un mecanismo efectivo que les permita conocer la forma cómo las AFP participan en la gestión de las empresas emisoras, en calidad de accionistas, debido a que no se ha contemplado su participación directa y activa[63]. Por ello, el aporte de los asesores resulta necesario para certificar la efectividad del uso de los aportes de afiliados. Es decir, las recomendaciones sobre el sentido de voto que el *Proxy Advisor* aconseja adoptar al fondo de pensiones elevan la efectividad e impacto en la gestión de la empresa emisora. Así, la adecuada gestión de la empresa emisora impactará en el retorno (rentabilidad) que esta genere a la AFP (socios), en calidad de accionista y al afiliado, como cliente del fondo de pensiones. En consecuencia, el asesor de voto estará en condiciones de proteger los intereses de los afiliados de la AFP y de los socios minoritarios.

2.2. El *Proxy Advisor* en el sistema privado administración en el fondo de pensiones

Al igual que en el mercado de valores, la contratación de los *Proxy Advisors* no requiere la promulgación de una norma explícita. El artículo 21-B de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones[64] establece que cualquier Administradora de Fondo de

---

62 La Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) ha establecido un conjunto de Derechos y deberes del afiliado que establecen precisamente, como uno de los deberes de la AFP, la realización de inversiones con los aportes de los afiliados que permitan incrementar el valor de las prestaciones que brinda a sus afiliados (SBS 2009. 11).

63 Entre los mecanismos principales figuran los controles internos que realizan las administradoras, la supervisión directa de la SBS, el establecimiento de límites de inversión, establecimiento y seguimiento del nivel de riesgo de los instrumentos financieros que las AFP adquirieron con los aportes de los afiliados y la exigencia de mantenimiento de un encaje. También figuran la publicación de reportes periódicos de la SBS y la información de los Estados de aportes al afiliado (SBS 2009. 11-12).

64 Artículo 21-B.- Las AFP, en su condición de administradoras de los aportes obligatorios y voluntarios que realicen los afiliados a sus CIC, **asumen plena responsabilidad fiduciaria en su condición de inversionistas institucionales cuya finalidad es la provisión de los recursos adecuados para el otorgamiento de una pensión de**

Pensiones asume responsabilidad fiduciaria hacia sus clientes (afiliados) y demás *stakeholders*. A base de esta regla jurídica, los fondos de pensión pueden publicitar sus políticas de voto en las empresas emisoras de manera voluntaria. Por ejemplo, en EEUU, el Fondo de Retiros Calsters ha asumido la obligación de influir en las empresas emisoras mediante el voto:

> [...] As institutional investors, ***CalSTRS has a duty to act in the best long-term interests of our beneficiaries. In this fiduciary role***, *we believe that environmental, social, and corporate governance (ESG) issues affect the performance of the investment portfolio to varying degrees across companies, sectors, regions, asset classes and through time.* ***CalSTRS is a large investor and as such, is in a position to exert influence on the corporations in which it has invested. Therefore, CalSTRS will actively analyze and exercise its ownership rights in all markets in order to act in a responsible manner to its beneficiaries across multiple generations***[65] [...] (el resaltado es nuestro).

El compromiso que asume este fondo de pensiones es un adecuado sustento para recurrir al apoyo de los asesores de voto. Si bien, en los EEUU la legislación ya exige a los inversionistas institucionales que cuenten con el apoyo de los *Proxy Advisors*, en el Perú, las AFP podrían incluir dicha obligación en sus políticas de inversión de forma voluntaria. De esta manera, las recomendaciones de los Proxy Advisors están en capacidad de colaborar con la efectividad en el gobierno de las empresas emisoras y de proteger los intereses de los afiliados y socios minoritarios que conforman los fondos de pensión. En otras palabras, las recomendaciones que el *Proxy Advisor* emita sobre el sentido de voto que debe adoptar la AFP le ofrecerán a esta última una mayor consistencia en sus decisiones de voto y mejorará su aporte en el gobierno de la empresa emisora.

---

jubilación, invalidez y sobrevivencia, sobre la base de los aportes realizados por el afiliado a lo largo de su vida laboral. En mérito a ello, es responsable de actuar con la diligencia que le corresponde a su calidad de inversionista, con reserva, prudencia y honestidad en el uso de los recursos informativos, tecnológicos y financieros (el resaltado es nuestro).

65 California State Teachers' Retirement System Corporate Governance Principles 2015. 20. Disponible en www.calstrs.com/sites/main/files/file-attachments/corporate_governance_principles_110211.pdf [consulta: 09 de setiembre de 2016].

3. GOBIERNO CORPORATIVO

3.1. Pautas de la autorregulación

El gobierno corporativo sirve como el conjunto de normas de autorregulación que los inversionistas implementan en su organización interna, para desempeñar un rol transparente y efectivo en el gobierno de sus empresas emisoras y, así, cautelar el correcto uso de los aportes de sus clientes. Los temas que los inversionistas institucionales evalúan, como parte de sus prácticas de gobierno corporativo, son la composición de los consejos de administración empresa emisora, los Derechos de los inversionistas, el sueldo de los directivos de la empresa emisora, reporte de la información, la estructura de capital y temas vinculados a la responsabilidad social (medio ambiente y sociedad) (Calpers 2015, 9).

Las normas de autorregulación pueden cumplir un doble fin en la regulación del trabajo del inversionista institucional. El primer fin es complementar la legislación estatal existente, que consiste en la creación de reglas que ordenen los alcances de la regulación estatal. El segundo fin es la creación de normas propias para reglamentar situaciones que no fueron contempladas por ninguna legislación estatal. A diferencia de EEUU, en el Perú no existe legislación expresa que obligue a los inversionistas institucionales a contratar los servicios de los asesores de voto como parte de su deber fiduciario de proteger los intereses de sus clientes. Por ello, el sector de las Administradoras de Fondos de Pensiones debe de recurrir al gobierno corporativo para incluir normas de conducta (de autorregulación) que las obliguen a contratar los servicios de *Proxy Advisor*.

A su turno, los *Proxy Advisors* requieren de las pautas del gobierno corporativo para realizar su trabajo de estudio y recomendación sobre el sentido de voto, de acuerdo con los criterios de gobierno corporativo (Glas Lewis 2015. 45). Por ello, su figura debe de incluirse tanto en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, para que sirva como referencia a las empresas del mercado local, como también, en la legislación de las Administradoras de Fondos de Pensiones que regula la práctica del gobierno corporativo en las AFP.

3.2. Los asesores de voto en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas

A diferencia de EEUU, en Europa, el trabajo de los asesores de voto se ha materializado en las normas de gobierno corporativo que los países han incorporado en sus códigos de gobierno. En Inglaterra, las recomendaciones de *The UK Stewardship Code* mencionan que los inversionistas institucionales pueden tercerizar sus actividades, entre ellas el voto, pero con la condición de mantener su responsabilidad en la gestión de fondos (FRC 2012, 2). En España, el Código Rodríguez recomienda a toda sociedad cotizada que cuente con una política de comunicación con sus accionistas y asesores de voto.

Recientemente, en 2015, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) actualizó sus principios de gobierno corporativo, en reemplazo a las de 2004. En la Recomendación III, inciso D, establece que el marco del gobierno corporativo debe requerir que los asesores de voto y demás intermediarios creen mecanismos que reduzcan los conflictos de interés que comprometan la integridad de sus recomendaciones (OECD 2015, 32). De esta manera, la importancia de los *Proxy Advisors* en favor del inversionista institucional y sus demás grupos de interés está en proceso de crecimiento y ha generado su inclusión en los principales códigos de gobierno corporativo.

Por tanto, el mercado peruano debe de contemplar su inclusión para promover la protección de los inversionistas, socios minoritarios del inversor y de los clientes. El actual Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas de 2013 no incluye referencia alguna a los asesores de voto[66], lo cual es un inconveniente para los inversores locales dado que desconocen las ventajas que los *Proxy Advisors* darían a su labor. Los asesores de voto pueden colaborar en el cumplimiento del criterio de transparencia que todo inversor institucional debe cumplir con clientes, socios minoritarios y, por extensión, a los demás grupos de interés y mercado en general. Se debería de incorporar un conjunto de principios que recomienden la contratación de los *Proxy Advisors*:

66 El Código se refiere a los "asesores externos" que la sociedad contrata para garantizar la no dilución del accionista (principio 3), la evaluación externa del directorio (principio 20), la operatividad de los comités externos, la valoración de operaciones vinculadas (principio 23).

1. En concordancia con el código inglés, el Código peruano debe de prever que, en caso que las empresas de inversión tercericen sus servicios, como el estudio de voto, deben de reportarlo a los socios y clientes. En cualquier caso, el inversor institucional mantiene la responsabilidad por las consecuencias que el ejercicio de voto ocasione en la gestión empresa emisora.

2. Dada la característica peculiar del mercado peruano, los *Proxy Advisors* deben convertirse en las entidades encargadas de certificar la transparencia de la gestión que los inversionistas institucionales realizan en las empresas emisoras, pertenecientes al mismo grupo empresarial, sin incurrir en conflictos de interés y para beneficio de todos (socios minoritarios, clientes y *stakeholders*).

3. Los órganos de gestión de la empresa emisora deben proporcionar la información que el asesor de voto requiera para realizar su trabajo de estudio del voto. En caso de no hacerlo, la administración debe ser sancionada por omisión al cumplimiento de sus deberes y enfrentarse a un probable proceso de remoción.

3.3. Los Proxy Advisors en el Gobierno Corporativo de los Fondos de Pensión

El gobierno corporativo en las empresas de fondos de pensiones busca resolver los problemas de transparencia, reporte de información y el dominio en las industrias, que son objeto de inversión por parte del fondo. Las características propias del mercado peruano agravan la necesidad de transparentar y demostrar que las actividades de participación en la Junta de socios de las empresas emisoras se realizan para resguardar los intereses de sus clientes y de los socios minoritarios.

En este sentido, la participación de los asesores de voto en las Administradoras de Fondos de Pensiones debe plantearse de acuerdo con los argumentos que fueron desarrollados en la legislación sobre mercado de valores, debido a que las AFP tienen la condición de inversionistas institucionales. A su vez, estos criterios deben complementarse con las pautas tratadas en el sistema financiero. En ambos casos, la propuesta consiste en que los inversionistas institucionales contratan los servicios de los asesores de voto, para demostrar el cumplimiento de sus deberes fiduciarios como gestores de fondos de inversión.

Ambas legislaciones permiten que la actividad de los asesores de voto se desarrolle en el Perú, sin necesidad de modificarlas, y cada empresa de inversión puede reglamentar su contratación como parte de sus prácticas de gobierno corporativo. La Legislación del Sistema Privado de Fondos de Pensiones sigue el mismo criterio. El artículo 21 B deja en manos del gobierno corporativo la implementación de las políticas de gestión para respaldar la gestión de los fondos que administra la AFP[67].

Por tanto, las pautas de gobierno corporativo de los fondos de pensión deben dirigirse a complementar la norma 21 B de la Ley, en cuestión, con el fin de recomendar a las AFP que contraten los servicios de los *Proxy Advisors* para que, a través de sus recomendaciones, cumplan con la transparencia de sus actos, mejore la eficiencia de su labor de gestión en las empresas emisoras, la defensa de los intereses de sus clientes, por extensión de sus socios y demás *stakeholders*, y disminuyan sus conflictos de interés[68].

67 Artículo 21-B.- Las Administradoras de Fondos de Pensión, en su condición de administradoras de los aportes obligatorios y voluntarios que realicen los afiliados a sus CIC, **asumen plena responsabilidad fiduciaria en su condición de inversionistas institucionales cuya finalidad es la provisión de los recursos adecuados para el otorgamiento de una pensión de jubilación, invalidez y sobrevivencia, sobre la base de los aportes realizados por el afiliado a lo largo de su vida laboral. En mérito a ello, es responsable de actuar con la diligencia que le corresponde a su calidad de inversionista, con reserva, prudencia y honestidad en el uso de los recursos informativos, tecnológicos y financieros que respalden los procesos de tomas de decisiones de la administración de las CIC a su cargo.** (El resaltado es nuestro)

68 El antepenúltimo párrafo del artículo 21 B prescribe que en cumplimiento del gobierno corporativo las AFP se encuentran obligadas a:

i. Rendir cuentas a los afiliados sobre los resultados de su gestión, del manejo y la inversión de los fondos de pensiones.
ii. Administrar los fondos de pensiones atendiendo siempre el interés de los afiliados.
iii. Otras políticas internas que sustenten los principios del gobierno corporativo, acorde con las disposiciones reglamentarias para dicho efecto.

4. CONCLUSIONES

En este artículo se ha argumentado que la contratación de los *Proxy Advisors* contribuye al cumplimiento de las normas de mercado de valores, financiera y sistema privado de pensiones que exigen a los inversionistas institucionales demostrar que cumplen con sus obligaciones fiduciarias de defensa de los aportes de los clientes, los aportantes al sistema privado de pensiones, y los socios minoritarios. A diferencia del sistema Estadounidense, el Perú debe seguir el sistema europeo que permite establecer las normas estatales mínimas sobre los deberes que deben cumplir los inversionistas institucionales. Asimismo, las normas de gobierno corporativo colaboran con la regulación y la contratación de los servicios de un *Proxy Advisor*, estipular sus deberes con sus clientes y demostrar que sus recomendaciones son profesionales y eficaces.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bebchuk, L. (2005). The case of Shareholder Access: A Response to the Business Roundtable. *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 55:3, (557-568).

Bebchuk, L. (2005). The case for Increasing Shareholder Power. *Harvard Law Review,* Vol. 118, (833-917).

Bebchuk, L. (2005). The long-terms effects of hedge fund activism. *Columbia Law Review*, Vol. 115, (1085-1155).

Blume, D. (2013). *Trends and Factors Impacting on Latin American Equity Market Development*. Recuperado de http://www.iegc.ec/publicaciones/MesaRedonda/Session1Speaker1BLUME.pdf. Acceso: 23-05-2016.

Blume, D. (2014). *Corporate Governance and the Role of Pension Funds*. Recuperado de http://www.fiapinternacional.org/wp-content/uploads/2016/04/daniel_blume.pdf. Acceso 24-05-2016.

CalPERS. (2015). *California Public Employees' Retirement System Statement of Investment Policy for Global Governance*. Recuperado

de: https://www.calpers.ca.gov/docs/policy-global-governance.pdf. Acceso 09-09-2016.

CalSTRS. (2011). *California State Teachers' Retirement System Corporate Governance Principles.* Recuperado de http://www.calstrs.com/sites/main/files/file-attachments/corporate_governance_principles_110211.pdf. Acceso 09-09-2016

Comisión Nacional de Mercado de Valores. (2006). Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas. Madrid: CNMV.

Comisión Nacional de Mercado de Valores. (2013) Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas. Madrid: CNMV.

Comisión Nacional de Mercado de Valores. (2015). Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas. Madrid: CNMV.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas.

Comisión Europea. (2012). Comunicación de la Comisión con la Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas.

Comisión Europea. (2014). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo. Bruselas: Comisión Europea.

Comisión Europea. (2014). Libro verde. La normativa de gobierno corporativo de la UE. Bruselas: Comisión Europea.

Government Accountability Office. (2007). *Corporate Shareholder Meetings. Issues Relating to Firms That Advise Institutional Investors on Proxy Voting.* Washington: United States.

Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores. (2015). El Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Madrid: Fundación Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). (2004). White paper' sobre Gobierno Corporativo en América Latina. Paris: OECD Publications.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). (2009). OECD Guidelines for Pension Fund Governance. Paris: OECD Publications.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). (2015). Corporate governance of Company Groups in Latin America. Paris: OECD Publications.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) y International Finance Corporation (IFC). (2011). Strengthening Latin American Corporate Governance. The role of institutional investors. Paris: OECD Publications.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), International Finance Corporation (IFC) y Global Corporate Governance Forum. (2011). Reports of The Peruvian Task Force on Institutional Investors and Corporate Governance. Recuperado de http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/49288747.pdf. Acceso 06-07-2016

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), International Finance Corporation (IFC) y Global Corporate Governance Forum. (2011). The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance Practices in Latin America: The Case of Peru. Recuperado de http://oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/42188837.pdf. Acceso 06-07-2016.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) y Global Corporate Governance Forum. (2011). Achieving Effectivee Boards. Paris: OECD Publications.

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). (2013). Trends and Factors Impacting on Latinamerican Equity Market Development. Recuperado de http://www.iegc.ec/publicaciones/MesaRedonda/Latamequitymarkettrends.pdf. Acceso 25-05-2016.

Serra Puente Arnao, G. (2000). La regulación en el Mercado de los valores mobiliarios. *Revista Themis* Nº 40. (37-47).

Tabra Ochoa, E. (2015). *Solidaridad y Gobierno Corporativo.* Barcelona: JM Bosch España.

Valdivieso Montaño, L. (2013). *OECD Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo 2013* [Diapositiva]. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/47103859.pdf. Acceso 24-05-2016.

Recibido: 12/08/2017

Aceptado: 22/11/2017

Edison Paúl Tabra Ochoa: Docente tiutlar de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

Correo electrónico: etabra@pucp.edu.pe

Análisis Económico de la Política Penitenciaria – Propuesta de Sistema Penitenciario Privado

Economic Analysis of Penitentiary Policy - A Proposal for a Private Penitentiary System

Gissela Estefanía Quinatoa Tacuri
Investigadora Jurídica, Estudio Suárez & Sánchez Asociados

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 121-145, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente documento realiza un análisis jurídico económico de los recursos de la Política Penitenciaria en Ecuador; se desarrollan temáticas a partir de la historia penitenciaria ecuatoriana y sus valores institucionales, hasta el planteamiento de la privatización del sistema carcelario a fin de reducir los costos de mantenimiento de las cárceles. La política del bien común intentar reducir los costos de mantenimiento de las personas privadas de libertad, sin embargo, la disminución de costos implica mejorar la calidad de vida de los internos; el bien común busca el beneficio económico y el bienestar de toda una sociedad. Por tanto, la política penitenciaria en Ecuador debe cambiar su sistema a fin de maximizar los beneficios a costos menores.

PALABRAS CLAVES: política penitenciaria, bien común, política de prevención, costo de oportunidad, personas privadas de libertad, cárceles.

ABSTRACT: this paper makes an economic legal analysis of the resources of the Prison Policy in Ecuador; they develop themes from the Ecuadorian penitentiary history and its institutional values, to the approach of privatization of the prison system to reduce maintenance costs of prisons. Common good policy to try to reduce maintenance costs of persons deprived of liberty, however, cost reduction involves improving the quality of life of inmates; seeks the common good economic benefit and well-being of a whole society. Therefore, the prison policy in Ecuador must change its system in order to maximize benefits at lower costs.

KEY WORDS: prison policy, common benefit, prevention policy, opportunity cost, persons deprived of liberty.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de revisión constituye un documento de análisis, sistematización e integración de varias investigaciones que busca ilustrar las particularidades y desarrollo de la política penitenciaria. Por lo tanto, se propone realizar un análisis Jurídico – Económico de los recursos destinados a la Política Penitenciaria en Ecuador, que parte de la recopilación de información sobre recursos económicos destinados a alcanzar la política penitenciaria propuesta por el Estado.

Ecuador plantea una nueva política penitenciaria mediante la cual pretende la rehabilitación de las personas privadas de libertad mediante la educación y talleres culturales. Se considera que, en el año 2010, Philip Alston (Relator Especial de la ONU) realiza una misión en Ecuador, la cual se enfoca en asuntos referentes con ejecuciones extrajudiciales. El informe, describe que el sistema de justicia penal está viciado por la corrupción y las amenazas, por tanto, la justicia está distorsionada y se inclina a favor de las personas influyentes, con poder y violentas (ONU, 2011).

La Constitución del Ecuador sitúa a las personas privadas de libertad como grupo de atención prioritaria y reconoce en el Artículo 51 sus Derechos. En dicho enfoque, el Gobierno Central pone en marcha una nueva política penitenciaria para cambiar el antiguo sistema de rehabilitación; asigna recursos económicos pues el objetivo de los Estados es "velar por la equidad en el acceso y goce de los recursos públicos y privados de todos y cada uno de los y las ciudadanas, así como impulsar su desarrollo humano" (Beltrán, & Pérez, 2002).

Al analizar la gestión de recursos económicos destinados a la política penitenciaria en Ecuador, se pretende sugerir una adecuada distribución de dichos recursos, a fin de incrementar la efectividad del sistema de las cárceles, para incluir las condiciones materiales necesarias para poder impulsar y desarrollar programas de tratamiento con miras a la reinserción de las personas privadas de libertad.

En la primera sección se hace una revisión histórica del Análisis Económico del Derecho y política penitenciaria en Ecuador. Después

de lo anterior expuesto, se proponen los principales tópicos de estudio complementarios dentro de la Política Penitenciaria que ilustra el desarrollo de los sistemas carcelarios mediante el análisis Económico del Derecho. A continuación, se examina la distribución de los recursos económicos para alcanzar la política penitenciaria propuesta por el Estado. En la siguiente sección, se analiza la gestión de recursos económicos destinados a la política penitenciaria en Ecuador. Finalmente se presentan las conclusiones del artículo.

1. HISTORIA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y POLÍTICA PENITENCIARIA

La Economía es una ciencia que nace a partir del Derecho, y el Derecho, a su vez emerge de la filosofía. Otrora, las primeras reflexiones sobre aspectos económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia. En Grecia, los filósofos razonaban sobre el precio justo de los bienes, la tasa de interés o las ganancias, pero no encontraban mecanismos para determinar esos valores. Por tanto, solo iniciaron el análisis de temas sobre la moneda, como su naturaleza y funciones.

Cabe agregar que, en las últimas tres décadas, las relaciones entre el Derecho y la Economía se han extendido a un ámbito sustancial que permite delimitar las bases de estudio del Derecho en conjunto con la construcción de la teoría económica.

Hechas las condiciones anteriores, en el Derecho anglosajón se conoce al análisis económico del Derecho como *law and economics*; de ahí se desprende una amplia teoría económica que se conecta con las instituciones legales. Entonces, el Derecho y la Economía provocan consecuencias referentes a disciplinas continuas como la Economía y la ciencia política.

Después de las consideraciones anteriores, tenemos en conocimiento que en el transcurso de la primera fase del siglo veinte (XX), el Derecho y Economía, únicamente se vinculaban a unas pocas áreas del Derecho, donde la ley tenía claros aspectos económicos, por ejemplo, el Derecho de las patentes e impuestos.

Es oportuno indicar que el Journal of Economic Literature, en 1991, reconoció al área del análisis económico del Derecho como un sistema independiente de la clasificación de las ciencias económicas. Poste-

riormente, adquirieron una importante relevancia con su implementación y enseñanza en las principales unidades académicas del mundo.

El análisis económico del Derecho, forma parte del imperialismo de la ciencia económica, que tiene como representante a Gary Becker.

En este mismo orden y dirección, se introduce el análisis del costo beneficio en el ámbito para la toma de decisiones legales; se abre la capacidad de emplear la Economía y de recurrir a sus aparatos analíticos para examinar y cuantificar los efectos del Derecho.

El análisis económico del Derecho, se desarrolla como disciplina autónoma a partir de los años 70; Richard Posner publica en 1973, el manual Economic Analisys of Law, mediante el cual realiza un análisis sistemático de los campos jurídicos más importantes desde una perspectiva económica; además, se implementa la teoría económica en todos los ámbitos jurídicos tradicionales, como el common law, el antitrust, el proceso judicial y la Constitución.

En las últimas tres décadas, las relaciones entre el Derecho y la Economía se han ampliado desde lo que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no solo a redefinir los fundamentos del estudio del Derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la teoría económica.

La historia de la política penitenciaria en Ecuador, parte que el Sistema de Rehabilitación Social ha sido un ámbito olvidado por el Estado ecuatoriano, debido a factores como la corrupción, la inadecuada infraestructura de los centros de rehabilitación social, la falta de capacitación del personal que maneja dicho sistema, y la mala distribución de los recursos económicos que se destina a la política penitenciaria.

La alarma social ante un Estado de violencia y delincuencia insostenible en el país, provocada entre otros factores, por la manipulación que realiza la prensa alrededor del fenómeno de la criminalidad, ha justificado la implementación de una serie de políticas criminales tendentes al endurecimiento y al empleo excesivo de los métodos penales como parte de la ciencia jurídica. La aplicación de dichas medidas en el ámbito penitenciario ha incrementado los problemas que siempre lo han caracterizado, sin que hasta al momento las respuestas planteadas para enfrentarlos hayan logrado atenuarlos.

La tutela de los bienes jurídicos a que da lugar el desarrollo social y el castigo de nuevas formas de ataques a intereses tradicionales han de realizarse a partir de un conjunto de reglas y principios de imputación elaborados sobre la imagen de un Derecho Penal dedicado esencialmente a tutelar la vida, la salud, la libertad y el patrimonio frente a agresiones y modalidades de conducta que eran las únicas existentes en el siglo XIX y en buena parte del actual.

Se ha producido un viraje de los sistemas punitivos basados en una cultura penal asistencial, propia de los Estados del *welfare*, a unos sistemas punitivos que enfatizan objetivos como castigo, incapacitación del delincuente.

Con la creación, divulgación y difusión de la Constitución de 2008, se sitúa al ser humano como objetivo esencial de toda actuación estatal, principalmente, se enfoca en los grupos de atención prioritaria como las personas privadas de libertad porque menciona que se reconocen Derechos como “La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 51, núm. 5). En éste artículo hace énfasis en la obligación del Estado de proveer recursos humanos y materiales para la atención básica de las personas privadas de libertad como educación, atención médica, actividades laborales, entre otros; a fin de efectivizar la rehabilitación y reinserción social.

En el marco de la observaciones anteriores, el Gobierno Nacional pone en marcha el proceso de transformación del Sistema de Rehabilitación Social del Ecuador, mediante la implementación de una nueva política penitenciaria ejecutada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, tal organismo es “ente rector en la elaboración y ejecución de las políticas relativas al sistema de rehabilitación social, emprendió un proceso de reestructuración y reforma integral de los servicios, infraestructura, talento humano y normativa penitenciaria” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014, 8).

De los anteriores planteamientos se deduce que, pese al intento de mejora del sistema penitenciario ecuatoriano, el Estado Central no ha logrado distribuir de manera correcta los recursos económicos que son destinados a la política penitenciaria.

Como es de conocimiento, el presupuesto general del Estado es “un instrumento con el cual teóricamente se visualiza la planificación y

programación de los recursos del Gobierno Central y sus prioridades para la asignación de recursos públicos" (Calero, C., 2005, 1). Sin embargo, parte de los recursos destinados a la política penitenciaria no reflejan los preceptos básicos de eficiencia y equidad para poder alcanzar una adecuada e integral rehabilitación social.

Es evidente entonces que para distribuir de forma correcta los recursos económicos de la política penitenciaria se deben establecer factores objetivos que permitan priorizar las áreas del sistema penitenciario que más requieran de atención. Para lo cual, "es esencial a la hora de permitir establecer racionalmente el tipo de recursos necesarios para generar una política penitenciaria que cumpla de la mejor manera posible y utilizar el recurso económico imprescindible la finalidad de reinserción social y el respeto de la dignidad de las personas" (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014, 32).

Con referencia a lo anterior, es indispensable establecer estrategias penitenciarias que permitan utilizar parte de los recursos económicos para erradicar el hacinamiento de las personas privadas de libertad.

En materia de rehabilitación, los programas tienen como finalidad la disminución de la reincidencia mediante la adopción de mecanismos eficaces de reinserción social. Las iniciativas, debidamente diseñadas e implementadas, pueden proveer estabilidad y orden en el interior de las cárceles.

América Latina presenta violaciones de Derechos humanos que se derivan del actual funcionamiento de los sistemas penitenciarios. La política penitenciaria y la justicia penal deben ir indispensablemente acompañados por políticas sociales democráticas e inclusivas, que reduzcan la inequidad de la distribución del ingreso.

Una de las particularidades del Derecho Penal moderno es su carácter de prima ratio, por lo que resulta indispensable indagar sobre pruebas y documentos que nos permita establecer cuándo es preciso el Derecho Penal, en cuanto a la eficiencia y racionalidad.

En otro ámbito, el problema de investigación deriva a partir que el Estado reconoce Derechos constitucionales para las personas privadas de libertad como grupo de atención prioritaria, por tanto, se ve en la necesidad de diseñar una nueva política penitenciaria que pretende proporcionar recursos económicos, y humanos, además de atención educativa,

médica, y cultural para la reinserción social. Sin embargo, los recursos económicos son insuficientes para solventar la política penitenciaria, pues para el año 2016 solo se destinaron 2,834,172.87 dólares para la adecuación, equipamiento y mantenimiento de la red de Centros de Privación de Libertad; y, 1,889,684.08 dólares para la capacitación de guías penitenciarios. De tal manera los recursos económicos no son distribuidos de forma equitativa para el cumplimiento de la política penitenciaria.

La realización del presente documento se justifica por cuanto el análisis del empleo de los recursos económicos destinados a la política penitenciaria, permitirá emitir un criterio sobre la desequilibrada distribución de recursos, los cuales desembocan en la precaria condición habitacional de las personas privadas de libertad, falta de educación, e insuficiente atención médica; lo que conlleva a un gasto innecesario de recursos y falta de ejercicio del sistema penitenciario.

Por tanto, se utiliza una metodología sistemático mono-disciplinario porque se enfoca principalmente en el estudio del Derecho a partir de la ley, además, introduce un análisis para relacionar los justificativos de la ley con fundamento en pronunciamientos judiciales.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO – POLÍTICA PENITENCIARIA

La política pública de privatización carcelaria emerge sobre los valores institucionales con políticas económicas de corte neoliberal asociadas a políticas de expansión penal.

La privatización de la gestión carcelaria, pretende cumplir con el objetivo de disminuir los presupuestos fiscales en materia penal y entregar condiciones dignas de encarcelamiento a las personas privadas de libertad.

Otrora, a partir de los años ochenta, el ámbito de la ejecución penitenciaria se configura a partir de la introducción del sector privado en el sistema carcelario. Sin embargo, las cárceles privadas emergen en Estados Unidos a partir de un modelo político neoliberal que incluye la tendencia de privatizar los servicios proveídos por el sector público, de tal manera favorece la decisión de liberalizar la política penitenciaria.

El ideal propio del neoliberalismo, pretende limitar las actuaciones del Estado en sectores económicos y jurídicos; por lo tanto, se presenta la necesidad de adquirir un socio idóneo que entregue un servicio de igual o mejor calidad que la proveída por el Estado, a costos menores.

El modelo neoliberal pretende mejorar la rentabilidad mediante una reducción de costos no asentada en la disminución de la calidad del servicio, sino que en la flexibilidad del sector privado.

Según Dolovich (2005) indica que "Si contratistas privados pueden hacerse cargo por menos dinero que el Estado sin una caída en la calidad, entonces el Estado debería estar dispuesto a privatizar" (p. 438).

3. VALORES DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA

Con respecto a los valores, la privatización carcelaria promueve una alianza comercial contaminada, produce un gran conflicto de legitimidad y ampara una noción de bien común insostenible.

Mediante la privatización carcelaria adopta como principio el hecho que, si la intervención de privados trae consigo la disminución de costos en materia penitenciaria, así mismo construye cárceles de manera más ágil y menos costosa, por tanto, la privatización de las cárceles satisfaría al bien común, sea que se lucre o no mediante dicha intervención. De esta afirmación emergen varias dificultades, entre ellas, el vínculo comercial desde la que se consolida, la controversia de legitimidad que evita y el ideal de bien común que emplea.

Dolovich (2005), indica que "En las cárceles operadas por el sector privado cada aspecto de la vida de un interno es ordenado por las autoridades de la institución. Qué, cuándo y cuánto comer, si obtienen o no tiempo libre, atención médica adecuada, defensa de daños, posibilidad de acceder a programas de rehabilitación o de capacitación, el contenido en cuanto al diseño de dormitorios y camas, por cuánto tiempo y cuando ducharse. Ningún detalle de su vida queda sin ser regulado. En una prisión privada, cada uno de estos aspectos de la vida de un interno ofrece un potencial incremento de los márgenes de ganancia" (p. 474).

4. LA ALIANZA COMERCIAL EN LA POLÍTICA PENITENCIARIA

Una alianza comercial es una unión estratégica entre dos o más organizaciones y se vinculan con el fin de suministrar beneficios de utilidad para todas las partes intervinientes, se desarrollan conjuntamente y se comparten entre sí riesgos y fortalezas.

La alianza comercial se convierte en una confederación donde actúan varios entes que promueven la privatización carcelaria altera los vínculos básicos de la actividad penitenciaria. Por tanto, la estructura económica de las cárceles públicas contempla la existencia de un proveedor, que es el Estado, cuyo objetivo es servir a dos entidades como a la población reclusa y a la sociedad.

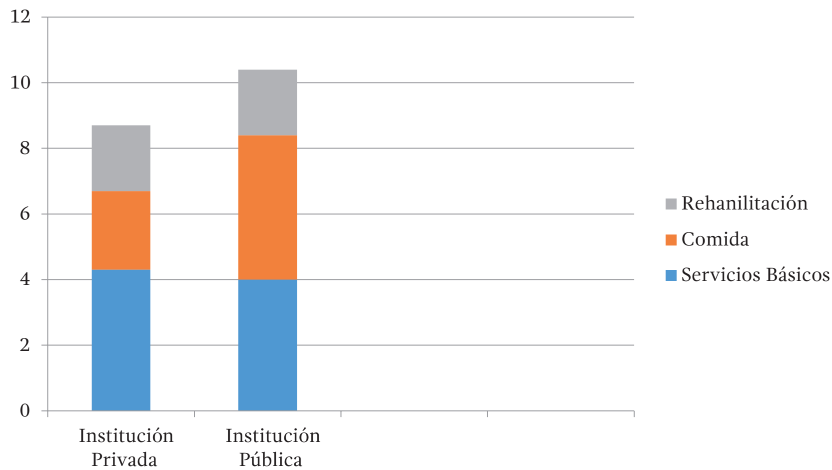
Resulta oportuno indicar que, si se involucra a un nuevo agente en la estructura transaccional, puede aumentar las posibilidades de fraude, porque provocaría la separación entre el que paga y quien recibe el servicio.

Dadas las condiciones que anteceden, es posible que el objetivo político del sector privado se enfoque en el impulso de medidas en favor a la privatización y, en segundo plano al fomento de medidas en favor de la encarcelación.

En el marco del sistema penitenciario ecuatoriano, se espera que la alianza comercial se conforme a partir de la fusión entre una institución privada y una pública, esta última sería el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, porque es órgano público encargado de la planificación, desarrollo e innovación del sistema penitenciario.

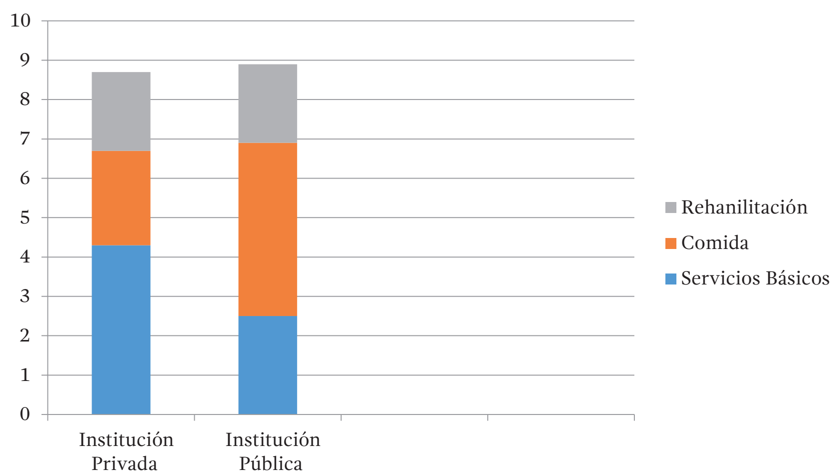
Una correcta alianza comercial (ver gráfico 1), implica que la institución privada ofrezca los mismos o mejores servicios, mantenimiento, alimentación, vestido y rehabilitación del sistema carcelario a un costo más bajo del que le costaría al propio Estado. Sin embargo, dicha unión puede degenerarse en alianza comercial perversa (ver gráfico 2), en el caso que la institución privada se asocie con dos o más instituciones (privadas), a fin de ofrecer al Estado los mismos servicios, pero a un costo igual o levemente menor.

Gráfico 1: Alianza Comercial



Fuente: Elaboración Propia

Gráfico 2: Alianza Comercial Perversa



Fuente: Elaboración Propia

5. LA ECONOMÍA DEL BIEN COMÚN

La Economía del bien común se refiere al beneficio económico o bienestar socio-económico de toda una sociedad en general. Por tanto, puede entenderse como un escenario en el que se maximiza la suma del beneficio o utilidad de todos los individuos.

La Economía del bien común se asienta sobre los mismos valores que hacen desarrollar a las relaciones interhumanas como la confianza, cooperación, aprecio, solidaridad, y acción de compartir.

En el aspecto legal, el bien común, experimenta un giro radical al pasar de estar orientado según los principios de competencia y avidez de lucro a los de cooperación y solidaridad. En el ámbito de la política penitenciaria, se puede manifestar que las cárceles cambian de un beneficio financiero a una contribución al bien común.

Para introducir el bien común en un sistema carcelario, es necesario que exista un equilibrio que permita medir las ventajas sociales, democráticas, distributivas y de justicia; pues de ello depende el éxito del sistema penitenciario.

En el modelo propuesto no se admiten asuntos referidos a términos monetarios, porque el objetivo es alcanzar aspectos neutrales.

Las cárceles que logren incorporar los mejores balances, serán las más beneficiadas con incentivos y ventajas legales que les facilitará cubrir sus costes mayores y ofrecer un mejor servicio a precios inferiores. También permite tasas menores de impuestos, créditos con interés bajo, además de una prioridad en la compra púbica y programas de investigación en pro de las personas privadas de libertad.

Después de lo anterior expuesto, cabe mencionar que el balance financiero debe ser un aspecto secundario, porque se transforma en un medio del bien común.

Cabe agregar que solo serán permitidas las aplicaciones del beneficio financiero que aumenten el bien común como las inversiones, reservas, distribución equitativa y créditos sin interés a empresas privadas que puedan proporcionar servicios básicos para las personas privadas de libertad, pero con un costo menor. Lo expuesto conlleva a que el bene-

ficio financiero ya sea un fin propio de sistema carcelario, por lo que se obtiene la libertad de aspirar la mejora del servicio y no de la Economía.

En el orden de ideas anteriores, es necesario abordar el tema de la alianza público-privada en materia penitenciaria referente a la noción del bien común, pues dicha unión permite edificar cárceles a mayor velocidad y, a la vez, reducir los costos estatales tanto en la construcción como en la operación de cárceles. Lo expuesto alcanzaría la reducción del gasto fiscal, además de la expansión de la infraestructura carcelaria como objetivo constitutivo del bien común.

Por tanto, se presentan razones de carácter económico contiguo al debate sobre la privatización penitenciaria que permite levantar las bases desde una política pública de intervención de capitales privados en terreno penitenciario.

En ese mismo sentido, el gasto público representa una reducción que permite alcanzar el bien común, además de invocar, a la reducción del gasto público como finalidad social aparece como una petición de principios que supone adherencia a una matriz ideológica neoliberal que privilegia el control de la inflación y el saneamiento de las arcas fiscales en lugar del pleno empleo y las protecciones sociales.

Además, también se reduciría el gasto público como finalidad social mediante el sector privado ligado al objetivo de expandir la infraestructura carcelaria, esconde la gran inversión estatal que en realidad se efectúa en materia penitenciaria.

6. PRESUPUESTO Y GESTIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN ECUADOR

En Ecuador, el sistema penitenciario padece de varias problemáticas, entre ellas, los más relevantes son los recursos económicos. En este contexto, el presupuesto general del Estado se constituye como el instrumento que permite la planificación y programación de los recursos del Estado.

El presupuesto del Estado tiene como finalidad asignar los recursos económicos con los que se cuenta, y distribuirlos hacia todos los sectores que constituyen el Estado, siempre con equidad y eficiencia.

En primer lugar, la eficiencia consiste en realizar un correcto uso de los recursos escasos. La eficiencia es de tres tipos: técnica, económica y asignativa. La primera pretende emplear menor cantidad de recursos en la producción de bienes y servicios; mientas que la económica, intenta recolectar varias opciones eficientes y entre ellas escoger la más barata; por último, la eficiencia asignativa se configura cuando una opción además de ser técnica y eficiente, también es la más valorada por la sociedad.

Entonces, el presupuesto general del Estado debe ser repartido a todas sus entidades; en tanto, el sistema penitenciario forma parte del Ministerio de Justicia, el mismo que se encarga en designar los recursos a todas las cárceles del país. En el año 2004, se designaron 27, 15 millones de dólares al sistema penitenciario.

El sistema penitenciario cuenta con un presupuesto, el mismo que se compone de ingresos y egresos, los ingresos son corrientes cuando provienen de tasas y contribuciones provenientes del aporte fiscal correspondiente, además de las rentas, inversiones y multas.

Los ingresos de capital están compuestos por la venta de activos de larga duración, por ejemplo, el dinero obtenido por la venta de bienes muebles e inmuebles. Y los ingresos del financiamiento están compuestos por el financiamiento público y los saldos disponibles.

7. EL SISTEMA PENITENCIARIO

El sistema penitenciario se concibe como una organización creada por el Estado para la ejecución de las sanciones penales y ciertas medidas de seguridad que conciernan privación o restricción de la libertad individual como condición sine qua non para su efectividad.

El sistema penitenciario nacional, encargado de llevar a cabo la ejecución de las penas, debe delinear acciones a corto, mediano o largo plazos, y para ello es necesario previamente un diagnostico penitenciario completo en sus diversos aspectos, ya que a base del conocimiento actual de la situación en que se halla la realidad penitenciaria, recién se deben delinear los enfoques en los que se funda y fines que se pretende alcanzar, además de las medidas necesarias en una proporción adecuada para ejecutar correctamente un sistema penitenciario que modifique las estructuras y condiciones negativas de dicha realidad.

La política sobre las cárceles se constituye como el acumulado de situaciones, circunstancias y medidas que se deben hacer efectivas sobre un grupo de internos que presentan características similares. En este mismo sentido, todo régimen, en forma individual posee una normativa o reglas particulares que posibilitan la distinción de los demás. Por lo dicho, el sistema que versa sobre la ejecución penal, falsamente, en ciertos casos es llamado como sistema penitenciario, y viene a ser la especie dentro del género que es el sistema.

El tratamiento penitenciario se refiere a la acción o influencia dirigida a modificar la conducta delictiva del condenado, en función de sus peculiares características personales. Las influencias o medidas que se adopten, pueden ser de las más variadas dentro de cada régimen penitenciario, sin embargo, no podemos dejar de señalar tratamiento, pues supone un concepto más detallado a diferencia de la opinión que él le atribuye, y que es distinta al que empleamos en este trabajo. El tratamiento puede ser desarrollado tanto en un régimen libre, en semi-libertad o en un régimen cerrado, entre otras condiciones.

El evolutivo crecimiento de la inversión pública para la política penitenciaria se ha consolidado por muchos años como una necesidad vinculada con las pésimas condiciones de habitabilidad de los centros de reclusión, así como con la mínima inversión en programas de rehabilitación y resocialización en casi todos los países del continente.

Adicionalmente, en la última década la tendencia de crecimiento de la población encarcelada se ha mantenido de forma sostenida, situación que aumenta la presión por mayor inversión pública.

La información analizada establece que la inversión por preso en el sistema público-privado es superior a la realizada en el sistema público. Adicionalmente, así se disminuya el número de población penal el Estado debe cubrir el costo de la utilización de estos servicios durante los 20 años de duración del contrato de concesión, con lo cual se genera un gasto alto y permanente. Este incremento de la inversión pública en cárceles ha tenido efectos negativos en otras áreas de inversión del Estado. Así, por ejemplo, en los presupuestos de mediados de los 90 en California y Nueva York esta área sobrepasó incluso lo destinado a la educación superior.

En América Latina se observa una tendencia similar de aumento del gasto por interno, situación que se expresa desde mediados de los años

noventa. Es inevitable comparar estos costos con los salarios mínimos o los subsidios sociales que dicha población podría acceder, los cuales son sin duda sustancialmente menores.

El costo por preso no expresa el monto recibido directamente por los reclusos en términos de mejor calidad de servicio, infraestructura y programas de rehabilitación y reinserción. Por el contrario, en su mayoría se vincula con pago de servicios penitenciarios y del personal de vigilancia, inversión que en nada mejora la situación social y familiar del interno y que difícilmente ayudará a una reinserción posterior a la sociedad.

La necesidad de mecanismos técnicos sólidos para definir el tipo de inversión que se realiza, de modo de asegurar un aumento de la eficacia y la efectividad de las iniciativas en desarrollo. Esto es en extremo relevante para el análisis de la inversión en el sistema penitenciario público.

8. NECESIDAD DE UNA POLÍTICA PENITENCIARIA

Para establecer una política penitenciaria capaz de sustentar un sistema social de rehabilitación, es necesario analizar la política criminal para poder tener una orientación más amplia sobre el uso de las cárceles, eso facultará el uso y ejecución de condenas más favorables para los presos, además se podrá implementar penas alternativas de amplia capacidad que reducen la reincidencia.

Al abordar aspectos teóricos, cabe mencionar que existe un choque entre la teoría de la prevención especial negativa la cual consiste en intimidar al individuo a fin de contrarrestar los posibles delitos, además permite que la prisión tenga una mayor capacidad de reincidencia que las penas alternativas. Además, está la teoría del etiquetamiento, la cual sostiene que las penas alternativas arrojarán mejores resultados en la disminución de reincidencia.

Asimismo, deben considerarse las diversas medidas para analizar la tasa de reincidencia de un determinado grupo de personas; los métodos más destacados y confiables son la detención, imputación de una condena y posteriormente el encarcelamiento.

9. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN

En el presente trabajo se ha tratado sobre la política penitenciaria en sus diversos aspectos económicos, sin embargo, la política de prevención es una vía alterna que permite disminuir la delincuencia y a costos menores.

De acuerdo con lo expuesto, existe un nexo entre el incremento de los costos y la actividad legal; pues primero está el sueldo o salario que percibe una persona, y luego se presenta la valoración individual.

De acuerdo con las observaciones anteriores, si la remuneración no es equivalente al tiempo de trabajo, entonces no se genera el suficiente incentivo; eso implica que el individuo emplee el tiempo en actividades ilícitas.

Asimismo, cuando el precio referencia aumenta, el efecto sobre la delincuencia podría aumentar. Debido a que, si dicho incremento de precios tiene implícita una velocidad de ajuste mayor que los salarios, ello provocaría el deterioro de la remuneración real, en consecuencia, alteraría el costo beneficio y elevaría el crimen.

Es menester indicar que si los salarios reales son alterados se pueden presentar varios escenarios que determinaran diferentes resultados. Por ejemplo, si la remuneración que percibe el individuo mejora y el precio de los bienes que roba el agente empeora, ello provocaría que las actividades ilícitas se reduzcan.

El Gobierno Central cuenta con un ente representativo que intenta mejorar el bienestar y desarrollo de los agentes de la Economía mediante un análisis. Por tanto, el Gobierno únicamente está destinado a determinar ciertos sistemas de incentivos que resulten más beneficiosos, de tal manera que se logrará innovar nuevos incentivos, pero también castigos para lograr los objetivos que plantea el Estado.

Respecto a lo expuesto anteriormente, considero que el intercambio de políticas preventivas frente a las políticas penitenciarias es más beneficioso, pues los costos son menores porque en primer lugar se previene y evita un delito en lugar de rehabilitar a individuos que han cometido actos ilegales y que sin duda, la rehabilitación durará más años y por tanto tendrá un costo más alto.

La delincuencia no solo afecta el equilibrio de la sociedad, sino también perjudica a la Economía del Estado, debido que a pesar que las cantidades no variaren, la delincuencia se configura como un intercambio compulsivo.

Si el Estado no aplica políticas preventivas, podemos suponer que provocaría pérdidas sociales asociadas a la delincuencia. A las pérdidas se suman daños, desequilibrio social y escasa producción; todas ellas derivadas en más costos para el Gobierno en cuanto al combate a la delincuencia, menos el valor esperado de los ingresos provocados por el cobro de penalidades.

Aplicar la prevención abre la posibilidad que exista un equilibrio de condiciones en donde se determinará el valor y la probabilidad de frustrar el delito.

Finalmente, el sistema económico influye sobre la cantidad de delincuencia dentro de la Economía y cómo los fallos de mercado y de coordinación afectarán a la misma, es decir, el delito inmerso dentro del funcionamiento del sistema económico del Estado.

Existe un modelo básico que se hace sobre las restricciones de participación y de compatibilidad de incentivos de tal manera que, al analizar todas las medidas, se pueda derivar comportamientos que provoquen la existencia de una selección adversa a partir de varios lineamientos en el mercado laboral.

Es menester indicar que, si el nivel general de precios y las remuneraciones tuvieran un mismo equilibrio, los individuos dedicarían su tiempo a actividades laborales y descantarían la realización de actividades delictivas. Así, la remuneración percibida puede erradicar el desarrollo de actividades de tipo ilegal y desfavorece el crimen.

10. EL INFORME PHILIP ALSTON Y EL ESTADO DE LAS PRISIONES

El informe Philip Alston, recibe su nombre en razón a su ejecutor. Philip Alston es un profesor de Derecho, que fue nombrado Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales en el año 2004. Su objetivo es realizar misiones en países que conforman dicha organización; mediante los informes notifica al Consejo de Derechos

Humanos de Naciones Unidas y a la Asamblea General, sobre temas relacionados con los Derechos humanos.

En el año 2010, Alston realiza una misión en Ecuador, la cual se enfoca en asuntos referentes con ejecuciones extrajudiciales. El informe, describe que el sistema de justicia penal está viciado por la corrupción y las amenazas, por tanto, la justicia está distorsionada y se inclina a favor de las personas influyentes, con poder y violentas (ONU, 2011).

En otro aspecto, la geografía del dolor fue creada por John Howard, quien luego de recorrer las cárceles de Europa, presenta su informe de las prisiones, el cual fue publicada en el año 1789. En dicho informe, exterioriza la crueldad, aglomeración y la deshumanización a la que se encuentra expuesto el prisionero. Mediante este informe, Howard determina que las prisiones no corrigen, sino que se constituyen en espacios de contaminación criminal. Indica, además, la importancia de reformar la estructura de las cárceles y en sí, todo el sistema penal, considerando que, para el reo, el simple hecho de permanecer en la prisión, ya es una tortura (Quisbert, 2008).

Por tanto, el Inglés John Howard (inspector) se encargó de estudiar la forma de vida penitenciaria en el siglo XVIII en Europa, realizó un análisis general de todo lo que ocurría en las cárceles, asepsia, infraestructura, control, entre otros. Los informes que presentó son sumamente reveladores, porque exhiben una realidad diferente a la imaginable, las condiciones penitenciarias eran infrahumanas.

En la geografía del dolor, Howard realizaba constantes visitas a la prisión, donde podía constatar en qué condiciones viven los prisioneros, además de la mala infraestructura del centro. En aquella época las personas que se encontraban en estos lugares eran consideradas lo peor de la sociedad, por lo tanto, no eran merecedores de compasión o ayuda. En relación con el Informe Alston, se encontró que en las zonas fronterizas existe una lista preparada por las fuerzas armadas ecuatorianas en que se exponen los nombres de unos 430 colombianos residentes en la zona fronteriza norte que supuestamente apoyaban a grupos armados ilegales; esta publicación al igual que lo expuesto por Howard, indica a personas que son consideradas lo peor de los pueblos fronterizos, y hacia ellas se producen varias violaciones de Derechos.

Las prisiones eran centros de las peores y más crueles sanciones; las condiciones eran precarias y los castigos eran corporales, además de una alimentación escasa. Eran lugares de tortura y su fin no era la rehabilitación de las personas que se encontraban allí. Esta situación no es diferente a la realidad de las zonas fronterizas ecuatorianas, pues se evidencia las violaciones de Derechos humanos más comunes, las mismas que son cometidas por las Fuerzas Armadas, las cuales comprenden el allanamiento de morada, robos y actos de humillación pública, casos graves de tortura y violencia sexual, incluidas violaciones y aplicación de ají en el cuerpo de las víctimas.

En la geografía del dolor, el autor no se limita únicamente a describir la situación que evidencia, además plantea ideas para mejorar la situación de los prisioneros, y proponer lineamientos en lo referente a administración y estructura de futuros centros penitenciarios, con el objetivo que quienes cumplen una pena lo hagan de forma digna, de acuerdo con su percepción humanista, y sobre todo que se rehabiliten. Relacionándolo con el informe de la ONU, se establece la ineficacia del sistema penal ecuatoriano, porque no se rehabilita ya que las personas reinciden en los delitos.

Lo que se buscaba en la época que se desarrolla la obra de Howard, fue principalmente adoptar la idea de rehabilitación social de quien cometió el delito, para que posteriormente el no vuelva a hacerlo y sea útil a la sociedad, ideal que se mantiene hasta nuestros días. En relación con el informe de Alston, podemos decir que, debido a las deficiencias del sistema de justicia, las personas no creen que las prisiones sirvan para rehabilitar, sino que deciden tomar la justicia por su propia mano, y a eso lo consideran más eficaz que recurrir a la policía y los tribunales para la resolución de un conflicto (ONU, 2011).

En la geografía del dolor, se hace mención a la tortura, pues esta había sido un método empleado para la obtención de una declaración verdadera por parte de los criminales, pero dicho método era sumamente criticado, porque evidentemente vulneraba los Derechos inherentes al ser humano; se determina también que este no es un método de reforma para los prisioneros. En comparación con el informe Alston, se encontró que varias muertes fueron cometidas por la policía, cuando las personas eran torturadas durante supuestos interrogatorios.

Por último, cabe mencionar que al igual que en las cárceles de Europa, como en el sistema de justicia penal ecuatoriano, existe despreocupación del Estado, esto hace que la sociedad no confíe en la justicia y los delincuentes realicen sus actividades sin miedo a recibir un castigo.

En el siglo XVIII, Europa atraviesa grandes cambios, entre ellos se encuentra el sistema punitivo, se busca abolir los maltratos y castigos crueles, esto se aspiraba conseguir mediante un método más humanista de sanción, con el fin de proteger la integridad del individuo y aumentar las posibilidades que este se reinserte en la sociedad. Es una innovadora visión cuyo objetivo es la rehabilitación de quien cometió un delito.

Como antecedentes a estos cambios tenemos a la Revolución Francesa, que defendía los ideales de libertad, igualdad y fraternidad; el sistema penitenciario en Estados Unidos y varios filósofos que defendían que los reos deben rehabilitarse con el objetivo de ser útiles para la sociedad.

Cesare Beccaria y Jeremy Bentham fueron de quienes impulsaron un cambio en la relación existente entre las penas y en individuo, manifiestan que la sanción debe ser proporcional a la infracción cometida. Estos ideales se fortalecen con los informes presentados por John Howard sobre las condiciones de vida en prisión.

El Inglés John Howard era un inspector que se encargó de estudiar la forma de vida penitenciaria en el siglo XVIII en Europa, realizó un análisis general de todo lo que ocurría en las cárceles, asepsia, infraestructura, control, entre otros. Los informes que presentó son sumamente reveladores, pues presentan una realidad diferente a la imaginable, las condiciones penitenciarias eran infrahumanas.

Howard realizaba constantes visitas a la prisión, donde podía constatar en qué condiciones viven los prisioneros, además de la mala infraestructura del centro. En aquella época las personas que se encontraban en estos lugares eran consideradas lo peor de la sociedad, por lo tanto, no eran merecedores de compasión o ayuda.

Las prisiones eran centro de las peores y más crueles sanciones, las condiciones eran notoriamente precarias, existían castigos corporales y su alimentación era escasa, predominaban los trabajos forzados. Eran lugares de tortura y su fin no era la rehabilitación de quienes se encontraban allí.

Lo que impulsó verdaderamente a Howard a realizar un estudio en las cárceles, según sus propias palabras, fueron las injusticias que se cometían con aquellos inocentes que se encontraban en estos centros y las personas que no contaban con una pena establecida.

Las inspecciones del inglés, buscaban denunciar todas aquellas irregularidades que hasta entonces se desconocían; empieza a realizar viajes por diferentes cárceles de Europa para establecer si las condiciones son las mismas. Posteriormente a sus denuncias y quejas sobre el sistema, sus inspecciones no paran, pues le interesa verificar si los sistemas punitivos de las prisiones han realizado algún cambio.

El trabajo dentro de los centros era considerado como rehabilitación moral, y este es un método de pagar a la sociedad por las infracciones cometidas para con esta. Por lo tanto, una "cura" para este mal cometido es el trabajo, mediante el cual los encarcelados deben mantenerse ocupados, por tanto, obtiene los valores y competencias que los mantendrán, al salir del establecimiento, alejados de la delincuencia.

John Howard al recorrer las cárceles, también critica el diseño de dichas instalaciones, pues muchas de ellas se han constituido sobre otros establecimientos precarios como cuarteles militares y comisarías, conventos, tabernas, entre otros. Entonces, indica que en esa época las prisiones no contaban con diseños carcelarios, incluso estos establecimientos no disponían de una división interna para los reos; por lo que define como un sistema comunitario. Cabe mencionar que los presos por delitos penales compartían un mismo sitio con las personas deudoras que esperaban su sentencia; de tal manera se encontraban encerrados hombres adultos, jóvenes e incluso niños.

Howard se preocupa por las estructuras carcelarias, pues al no existir división entre presos de acuerdo con su delito se violenta a la moral y costumbres de estas personas. En muchas cárceles no son separadas las mujeres de los hombres. Muchos correccionales funcionaban en el mismo establecimiento carcelario, por lo que se consideraba que el menor que era internado para la correccional se unía en el patio con un delincuente y de este aprendía a delinquir.

De acuerdo con lo antes expuesto, el autor plantea una separación interna de los reos; dicha división debe basarse de acuerdo con la edad, género y delito. Este ideal fue muy importante porque influyó para el rediseño de las cárceles en nuestra actualidad; en el caso de

Ecuador contamos con correccionales separados de las prisiones; estas últimas a la vez dividen a los prisioneros de acuerdo con el grado de peligrosidad y al género.

La división carcelaria, es de vital importancia para la sociedad y en especial para los reos que cuentan con seguridad y se evita la violencia. Se generó un nuevo diseño arquitectónico, el mismo que propuso la implementación de celdas individuales, con una concepción de la espiritualidad como medio generador de la moral. Cabe mencionar que con el rediseño de las prisiones se buscó establecer un lugar de rehabilitación espiritual, mas no de castigo de delitos; por esto se deja de lado la tortura porque se considera un acto que no reforma al ciudadano, sino que lo pervierte más.

Las reformas carcelarias buscan la implementación de regímenes de salubridad y adecuada alimentación. Evitar el abuso de los carceleros, pero estos deben garantizar seguridad y disciplina. La rehabilitación se basará en una educación moral y espiritual.

Aparece la concepción de penitenciaría porque se deja de lado el castigo físico y se lo suplanta por el arrepentimiento del individuo; es decir, las cárceles se convierten en lugares de penitencia que permiten al sujeto rehabilitarse para su posterior inclusión a la sociedad. También existe una gran influencia religiosa, pues penitencia es considerada como un camino en el que los pecadores se reforman hasta redimir su culpa.

Lo expuesto anteriormente, es considerado como los lineamientos para las mejoras de las prisiones, pues reúne los mejores ideales de rehabilitación de las personas privadas de libertad, con la división se garantiza una mejor seguridad y control penitenciario, el castigo se convierte en arrepentimiento, además se logra salubridad en las instalaciones, se evita que los carceleros abusen de los prisioneros y se preocupen por su cuidado.

Posterior a la inspección de las prisiones realizada por Howard, el mundo empieza a considerar sus propuestas. Se da inicio al penitenciarismo, es decir, al estudio científico de las cárceles con enfoques administrativos y de diseño, se tenía como objetivo el arrepentimiento y la rehabilitación moral, pero no el castigo.

El sistema penitenciario se edifica bajo el modelo de un establecimiento con dos enfoques, el primero de observación y el segundo de experimentación, donde los investigadores buscaban innovar el diseño carcelario, y crear una tipología carcelaria que brinde seguridad a los reos, para que tengan una correcta rehabilitación. Después de la obra expuesta por Howard, muchas personas fueron a las prisiones de sus países para realizar un análisis del diseño y el comportamiento de los reos ante esta problemática; por tanto, las cárceles fueron convirtiéndose en campos de investigación y los prisioneros en sujetos de estudio.

11. CONCLUSIONES

La política penitenciaria en Ecuador se funda como una institución encargada de la Rehabilitación Social; sin embargo, debido a la corrupción y, principalmente, la desorganización de los centros de privación de libertad, provocaron el incumplimiento de los objetivos del sistema. Por tanto, el análisis económico es necesario para proponer soluciones concretas, justas y apegadas a Derecho, que equilibren el sistema y lo conviertan en un centro de internamiento, donde las personas ingresan para ser objeto de un tratamiento con la finalidad última de reinsertarlas en la sociedad.

En sus inicios, el sistema penitenciario estuvo caracterizado por la precariedad y el hacinamiento; posteriormente se adecuó el ordenamiento jurídico a fin de cumplir con los deberes y estándares fijados por la Constitución, conjuntamente con el Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos; dicha institución tiene como finalidad de elaborar y gestionar políticas relativas al sistema de rehabilitación social. La institución se basa en la Economía del bien común para transformar la estructura penitenciaria y promover mecanismos de reinserción a bajos costos.

Mediante, la Economía del bien común, la estructura penitenciaria se sustenta en base a cooperación y solidaridad de instituciones públicas y privadas; entonces, los Centros de Rehabilitación de Ecuador podrían mantenerse la base de recursos financieros provenientes de las contribuciones.

El aumento de la inversión pública en los sistemas penitenciarios es necesario para erradicar las precarias condiciones de vida de las personas privadas de libertad. Se pueden disminuir costos al incluir

programas de rehabilitación y reinserción social que duren menos tiempo, eso implica menos egresos.

En base a la información analizada se puede establecer que la inversión por preso en el sistema penitenciario público es mínima, por eso es imposible alcanzar los objetivos de rehabilitación. Por tanto, se propone un modelo penitenciario basado en la privatización de las cárceles, eso permitirá alcanzar una inversión superior en comparación al sistema público. Pues debe considerarse, que el Estado Central otorgará el manejo de las cárceles a las instituciones privadas que brinden mayores beneficios y servicios en cuanto a salud, alimentación, vestimenta, y cursos de reinserción, a costos más bajos.

12. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayuso, A. (2000). *La intervención socioeducativa en el tratamiento penitenciario.*

Beltrán, A. y Pérez, B. (2002). *Análisis del presupuesto público con enfoque de género: sistematización de experiencias de la Región Andina y propuesta metodológica.* UNIFEM Región Andina.

Cesano, J. D. (2010). La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946 - 1955). *Revista de historia del Derecho.*

Dammert, L. (2006). El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado. In *Meeting of the Latin American Studies Association. San Juan, Puerto Rico.* En: Aproximación a las cárceles subvencionadas.

García-Ruilova, A.B. y Donoso, D.A. (2005). Casos sin resolver y la etimología forense en Ecuador, en *Revista Ecuatoriana de Medicina Y Ciencias Biológicas.* 36(1):61-65.

Matamoros, M. A. (2004). El sistema penitenciario en el contexto de la política criminal actual. *Revista de ciencias sociales*, (105), 99-105.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2014). Memorias del Seminario Internacional Derecho y Administración Penitenciaria: Fundamentos de la Reforma.

ONU. (2011). Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston: Misión al Ecuador. Consejo de Derechos Humanos.

Penitenciaria, C. P. L. R. (2010). *Recomendaciones Para Una Nueva Política Penitenciaria*. Santiago.

Rubio, C. L. (2006). *El mal necesario o la política penitenciaria en la transición*. Mientras Tanto, (99), 85–98. Retrieved from http://www.jstor.org/stable/27821182

Solís Espinoza, A. (2008). *Política Penal y política penitenciaria.*

Recibido: 31/08/2017

Aceptado: 23/11/2017

Gissela Estefanía Quinatoa Tacuri: Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador e Investigadora Jurídica.

Correo electrónico: stefy_cnm@hotmail.com

La Argumentación Jurídica y su utilidad frente a la Práctica del Derecho

The Legal Argumentation and its utility against the Practice of Law

María Isabel Zamora Zumárraga
Investigadora Jurídica, Cevallos & Noboa

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 147-168, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la práctica del Derecho consiste esencialmente en la argumentación, por ello es importante anunciar como sus operadores se desenvuelven en el ámbito de la lógica argumentativa, con la cual, por medio de la razón y en conjunto con otras ciencias, que complementan este ejercicio tan trascendental, mejorarán su desempeño como legisladores, jueces y abogados. ¿Es la educación, desde el pregrado, el punto inicial para aprender argumentación jurídica? De serlo, será posible esbozar soluciones práctico-teóricas a las falencias educativas, encaminar la educación legal hacia la consecución del éxito de los futuros abogados del Ecuador y a la real y justa aplicación de la normativa jurídica.

PALABRAS CLAVE: argumentación jurídica, lógica jurídica, interdisciplinariedad del Derecho, función del Derecho, funcionarios del Derecho.

ABSTRACT: the practice of law consists basically in argumentation, that is why it is important to say how their functionaries get on with logic argumentation, through reason and other sciences which complete these fundamental exercise, they get better their performance as legislator, judge and lawyer.

Is education from undergraduate, the starting point to learn legal argumentation? If it is true, it will be possible to sketch practical and theoretical solutions for every lack in education, directing legal instruction to get successful Ecuadorian lawyers and the fair and real application of legal rules.

KEY WORDS: legal argumentation, legal logic, interdisciplinarity of law, function of law, law officials.

INTRODUCCIÓN

Al establecer los desperfectos de la educación inicial del Derecho, mencionar algunos conceptos y su relación directa con la argumentación jurídica, resulta un buen inicio para llegar a la proposición de opciones para llenar cada vacío y falencia de manera rectificadora.

Las funciones originales de estos conceptos y mecanismos se ven oscurecidos en la adquisición teórica y su práctica debido al paso del tiempo, los intereses personales y la desidia. Por ello es necesario sugerir soluciones útiles, con el objetivo de ampliar la visión y motivar a los dos actores principales de este intercambio de conocimiento: alumno y maestro.

El abogado desde su educación inicial deberá acumular destrezas jurídicas entre sus conocimientos y aptitudes, ellas serán sus herramientas básicas de desempeño. Otro punto importante es mostrar la relación entre el Derecho, la lógica y otras ciencias complementarias, pues aportará al análisis casuístico que deben realizar los operarios jurídicos (abogados, jueces, asesores, etc.) esto resulta propicio para la argumentación lógica en defensa, ya sea oral o escrita de clientes de los futuros abogados.

La lógica debe amparar todo el proceso de preparación y ejecución de las profesiones relacionadas con la ciencia jurídica para combatir los problemas propios del Derecho como el metalenguaje[69], la autopoiesis y la aplicación rígida de las normas jurídicas. Para ello es vital recordar que el Derecho responde a los problemas sociales, ambos se regulan entre sí.

En un intento de sistematizar rígidamente esta ciencia social se positivizó de tal manera que la norma entró en conflicto con su aplicación real y limitó su campo mitigador de conflictos en las relaciones humanas. Uno de los problemas principales es no diferenciar el conocimiento científico del práctico y a partir de ello no establecer el método óptimo para conseguir la respuesta anhelada. El método

69 Las teorías interpretativas parten que el Derecho es un fenómeno lingüístico (Huerta Ochoa, 2015).

empírico es complicado en su recolección, el método científico no se puede aplicar en toda actividad o proceso jurídico sino solo en ciertas partes estáticas, las cuales se encuentran en menor número pues el Derecho cambia constantemente, tal como la sociedad de donde deviene su funcionalidad.

Indicar nuevos métodos de razonamiento permitirá una armonía entre las normas y la aplicación de las mismas, al hacer referencia a todo el proceso judicial. La realidad social está fuera de ese aparato racional. En principio, las normas son las que prefiguran la realidad deseable, y es esta última la que debe ajustarse a ellas. Además, las propias normas prevén las consecuencias que han de producirse cuando la realidad discrepe del mandato en ellas contenido[70]. Para ello es necesario explicar la relación entre Derecho y Economía, reconocer la evolución metodológica en la decisión judicial con todas sus etapas.

Identificar nuevas propuestas que acatan una visión interdisciplinaria de las ciencias como: la Economía, la sociología y el Derecho. El ejercicio intelectual, el uso del método apriorístico deductivo, la comprensión de las instituciones jurídicas permite llegar a conclusiones lógicas y beneficiosas. Es importante seguir la pista del Derecho en la realidad para saber si cumple sus fines y esto solo será posible al dejar el estatismo y la necedad jurídica.

Las escuelas positivistas y naturalistas han respondido en dos enfoques respectivamente: aquel en el cual se separa la emotividad y preferencia de la decisión final del juzgador y su contraparte que reconcoce su complementariedad e imposibilidad de esta segmentación. Por ello resulta trascendente exponer algunos incovenientes presentados a lo largo de la actividad judicial como: identificar los principales problemas en relacion con la racionalidad, en un ambito psicologico, y la decisión del juez, explicar los criterios principales que el enjuiciador tendrá que tomar en cuenta y resumir la manera en que se limita el poder judicial en el sistema anglosajón y continental, solo entonces subsanar los errores respecto a esta actividad resulta posible. La pregunta que surge respecto al poder judicial ¿Qué motiva a los jueces a fallar cuando las situaciones A y B tienen una argumentación logicamente correcta? A lo cual ambas escuelas pretenden responder e incluso las ciencias complementarias al Derecho como la Psicología y la Economia con su respectivo analisis de las normas e instituciones de la ciencia jurídica cuando incluso

70 Magaloni Kerpel, 2016. 2.

es definida como la ciencia de motivación de conductas[71] pues todos quienes están inmiscuidos en actividades jurídicas se motivan entre sí. Los ciudadanos a los legisladores, ellos marcan un marco de legitimidad para los jueces en el sistema continental o en el caso anglosajón la jurisprudencia, los abogados apelan ante el juez en favor de los intereses de sus clientes e incluso los jueces influyen respecto al actuar de los miembros del poder ejecutivo.

El juez al tener obligación proveniente de dos vertientes: la individual, frente al ciudadano, al justiciable que toca las puertas de un despacho judicial en la desesperada búsqueda de su justicia que la reparación de su Derecho reclama. Y la colectiva, frente a la presencia grupal, sólida y unitaria ante el aparato del Estado al reclamar el sitio y el privilegio que le corresponden como depositario de la voluntad popular en la tarea de la administración judicial[72], estas vertientes obligan al juez por vías subjetivas y objetivas, en un ámbito ideal a donde tiende el Derecho, a elegir en función del bienestar general y a motivar sus decisiones para lo cual se hace indispensable la argumentación jurídica, tanto como para la legislación y el ejercicio de esta noble profesión.

1. LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN INTERDISCIPLINARIA

Antes de mostrar la relación entre el Derecho, la lógica y otras ciencias complementarias es importante precisar que la argumentación jurídica permite llegar a conclusiones por medio de afirmaciones lógicas que están fundamentadas en razones aceptadas desde el punto de vista jurisprudencial o del campo de aplicación de los textos normativos. Estas afirmaciones son regularmente utilizadas por las personas que tienen la misión de impartir justicia en el momento de tomar decisiones jurídicas sobre hechos concretos o controversiales.

Las afirmaciones vertidas por los jueces o juristas regularmente descansan en la jurisprudencia, las disciplinas sociales, las ciencias exactas o cualquier otra fuente de argumentación que sea susceptible de aportar elementos para la resolución de hechos o controversias vertidas en el ámbito de la aplicación de la ley[73]. La función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación

71 Lionetti de Zorzi. 3.

72 Baca d´la Zota, 1989. 5.

73 Suárez Romero y Conde Gaxiola, 2009. 13.

como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse[74].

Es importante también distinguir entre los diversos contextos: uno es el de descubrimiento y otro el de justificación, pues requieren de análisis argumentativos distintos. La psicología social se ha encargado de estudiar el proceso de tomar decisiones por medio de argumentos y así reducir el peso que los prejuicios adquieren en las resoluciones, punto que será tratado más adelante. Para ello se hará uso de la lógica tanto formal como material. Actualmente el mismo Derecho obliga a los jueces y tribunales a motivar correctamente sus decisiones, esto significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas[75]. Muchos doctrinarios y teorías sostienen que el funcionario judicial primero se deja llevar por su irracionalidad y luego busca fundamentarla de una manera lógica a lo que Atienza repone así: Es imposible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible[76].

La lógica, por su parte, es una disciplina formal que estudia los razonamientos con fundamento en sus elementos base, por ello el razonamiento jurídico como proceso lógico estaba contemplado como un paso en todo el proceso de aplicación y creación de la normativa jurídica. La lógica es más que un paso dentro del Derecho.

La lógica se relaciona con el Derecho en la medida en que sus operarios deben deducir y pensar para hacer un intento por llegar a una justa sentencia, esto se ve obstaculizado por los problemas antes planteados con el metalenguaje, la mala argumentación sin sustento jurídico- normativo ni jurisprudencia y la autopoiesis. Además de ello se suma la falta de entusiasmo de jueces y abogados para realizar procesos de inferencia, pues esto dificulta su hacer, al preferir utilizar de manera mecánica los conceptos.

74 Huerta Ochoa, 2015. 3.

75 Atienza. (2005). Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica, 23.

76 Atienza. (2005). Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica.

Elementos como la lógica, la inferencia de conceptos y la deducción lógica de sentencias justas y humanas (todo resultado de la investigación previa) conforman la tarea del Derecho, aún con todos estos elementos se encuentran presentes las contradicciones y erratas, esto se debe a que el razonamiento jurídico está hecho por humanos. Frente a esa posibilidad de errores argumentativos y lógicos tan solo queda que tantos jueces, abogados y científicos del Derecho opten por buscar alternativas que se adapten a la realidad y sirvan al propósito de solucionar conflictos, en lugar de generarlos.

Reconocer la evolución metodológica en la decisión judicial destaca todas las fases que esta compleja actividad jurídica posee. Cada fase de este proceso cuenta unos diferentes objetivos que se alcanzan realmente cuando se utiliza un razonamiento propio de dicha fase. Al diferenciar el tipo de actividad, conocimiento y preguntarse qué es lo que se desea alcanzar es momento de vincular no uno, sino varios métodos que se ayudan de manera simbiótica a la decisión judicial.

La utilidad del método deductivo es la contrastación, el avance de la ciencia, el desarrollo de la estadística y principios que se aplicarán casos particulares. La conclusión deductiva solo resuelve como verdadero o falso cuando la naturaleza de las leyes puede ir más allá como si son vigentes, derogadas, justas, injusta, validas o inválidas. Otro de los problemas del método es que busca explicaciones a las predicciones que no son certeras y no es posible tomar riesgos como estos en todas las fases.

El modelo tradicional limita al juez, en palabras de Montesquieu, a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. Esto no es posible porque las sentencias son una expresión de un poder del Estado que debe estar impregnados de razón e inteligencia.

Son inseparables los elementos cognitivos y volitivos de la actividad judicial, pero tampoco puede rayar en la arbitrariedad. Entonces la obligatoriedad de la motivación limita y regula estas dos consideraciones. En conclusión, se debe realizar un análisis interno de la coherencia lógica de la sentencia tal como su justificación valorativa externa. Pero no los motivos psicológicos que tuvo el juez.

Por ejemplo, en el Derecho Penal se tiene que llegar a una decisión por pruebas directas e indirectas. Incluso por indicios conectados por nexos causales y lógicos. Las pruebas de carácter penal usan los

métodos deductivos e inductivos respecto a la prueba indiciaria justificándose en reglas empíricas. Y el razonamiento deductivo puro al invocar una norma, aplicar a un hecho probado y sentenciar. El conglomerado de razonamientos y fases son lo que le dan suficientes motivos al juez para fallar a favor de una u otra parte porque lo que deben usarse de manera conjugada.

Identificar nuevas propuestas que acatan una visión interdisciplinaria de las ciencias como: la Economía, la sociología y el Derecho muestren un nuevo y dinámico camino del Derecho es el motivo de este documento. Ya se mencionó que no se han reconocido a cabalidad los distintos tipos de conocimientos como son: el conocimiento científico, cuyas características son la racionalidad, organizado y disponible. Y el conocimiento práctico, este se encuentra disperso en las mentes humanas, mantiene una aplicación inconsciente que pertenece a cada uno de los individuos y es allí donde radica el problema con este tipo de conocimiento, pues no puede ser recolectado, incluso su transmisión se imposibilita. Sobre este conocimiento no se puede crear una teoría, ni demostrar una ya existente.

La primera propuesta es el método fraseológico, inspirado en la escuela austriaca de Economía. El Análisis Económico del Derecho es una escuela del Derecho que intenta explicar las conductas jurídicas a partir de la metodología y los conceptos de la ciencia económica, principalmente a partir de la macroeconomía, su objeto de estudio no es el Derecho como un conjunto de normas, sino las conductas humanas relacionadas con el Derecho. Al ser este un sistema coherente que busca la maximización de la riqueza social las decisiones públicas tomadas por el gobierno, así como los individuos y las empresas buscarán la maximización de sus beneficios[77].

Al analizarlo cronológicamente al inicio se encontraban estrechamente ligados hasta la formalización de la Economía y la inseparabilidad del Derecho y la moral, aquí es donde se dividen estas ciencias. Hasta que el pensamiento económico neoclasicista encuentra especial interés por la influencia de las instituciones jurídicas en la Economía.

El Derecho y la Economía han Estado vinculados desde hace mucho tiempo.

77 Serrano Migallón, 2015. 17.

Explicar la relación entre Derecho y Economía tiene sentido al ser ciencias con base teórica común, ambas usan la introspección que por medio del razonamiento lógico permite llegar a conclusiones lógicas, además en su interacción el Derecho afecta y regula el marco en donde se desenvuelve la Economía. Se diferencian en que el Derecho soluciona conflictos de intereses en las relaciones humanas, mientras la Economía estudia estas relaciones conjugándola con la escasez.

Cuando la Economía usa la introspección, método de Menger y Mises, puede compartir su método con el Derecho, más cuando usa fórmulas abstractas y "hechos empíricos". Históricamente, han sido dos las vías por las cuales los economistas se han interesado por el Derecho. Una, el Derecho como un mecanismo de transmisión y reglamentación de aquellas decisiones del soberano que afectan los asuntos económicos. La segunda vía, la del Derecho y de manera más general las instituciones como factor determinante del desempeño económico de las sociedades, se puede enmarcar dentro de las preocupaciones de los pensadores clásicos, que fueron retomadas por la Economía institucional y, más recientemente, por la teoría del desarrollo económico[78].

"El análisis económico del Derecho permite comprender de mejor forma porque tiene éxito o porque fracasa determinada regulación en su aplicación práctica y cómo lograr llevarla a cabo de forma eficiente."[79] Determinar la eficacia en concordancia con la maxificación de beneficios e incentivos externos en forma de norma que modelen el comportamiento humano es un gran aporte que solo se obtiene al adoptar las herramientas que la usa la Economía y adaptarlas al Derecho.

Relacionado con la sustancia de los valores que subyacen al discurso del Análisis Económico del Derecho y la heterogeneidad de estos valores es el asunto de la causa de esta heterogeneidad la pregunta de si este conflicto puede ser una consecuencia de las naturalezas particulares de las categorías de Economía y de Derecho, o la naturaleza inevitable de un discurso que ocurre a través del límite entre las distintas áreas del esfuerzo intelectual o, quizás, la manera particular en la cual ha procedido este discurso[80]. Este método parte del supuesto que el ser humano es individualista y busca un beneficio, en este caso la convivencia, que

78 Posner, 2002. 5.

79 Fraga Lo Curto. 7.

80 Brion, 2009. 10.

mediante normas que procedan al empleo del método ensayo-error lleguen a cumplir su función, aúnque los valores implícitos se critiquen.

Las normas jurídicas crean precios implícitos para tipos diferentes de conducta, y las respuestas a esos precios implícitos pueden examinarse de la misma manera en que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio[81]. Este método se ocupa en medir la eficiencia mediante dos técnicas: la creatividad empresarial es el uso a beneficio del modo de adaptación y aprendizaje, se usará el proceso ensayo-error, así mismo busca que el Derecho sea creativo en la búsqueda de soluciones a conflictos y diferencias, emplea el mecanismo adaptativo del ser humano en conjunto con la institución jurídica correcta, aquella que solucione mejor el problema. Busca la evolución del ordenamiento jurídico. Además, usa la coordinación de desajustes sociales en favor del uso, creación y transmisión de la información en función de dirigir y administrar ya sea una empresa o un poder estatal ajusta tanto excesos como necesidades. De esta forma tanto los operadores como los destinatarios ganan estabilidad y armonía social en igualdad. Hace útiles las instituciones jurídicas en relación a que tanto beneficia a sus usuarios.

La Segunda Propuesta es el uso de varios métodos según la fase de la actividad judicial en la que se encuentre el juez. Lo cual se halla explicado en la segunda parte de este documento. Al realizar un análisis de a dónde quiere llegar determinada fase de la actividad judicial es posible emplear un método que permita al operador jurídico conseguir su objetivo de manera eficaz para su pronta ejecución, lo que pondrá fin a un conflicto entre actores sociales.

Es importante conocer e integrar las herramientas que otras ciencias cercanas al Derecho pueden proveer. Las ciencias sociales, entre ellas el Derecho deben evolucionar tan rápido como lo hace la humanidad pues en ella se encuentra su materia de estudio y aplicación. Es tan complejo normar una sociedad de manera eficiente que la absolutización del método deductivo se queda corta. Si el fin del Derecho es la solución de conflictos tiene que adoptar nuevas maneras para proporcionar soluciones efectivas.

81 Mendez Reátegui, 2008. 58.

2. REVISIÓN DE FUNCIONES Y FUNCIONARIOS DEL DERECHO

El buen jurista debe poseer la capacidad de idear y manejar argumentos[82] con facilidad y habilidad aúnque no se hayan especializado teóricamente en el proceso de la correcta argumentación, sino sea producto de la práctica y el ejercicio de su profesión. El abogado tiene y presume de destrezas específicas que son como las manos del artesano, su manera de cumplir su función, sin un repertorio de estas habilidades ¿cómo ha de defender a quienes no las poseen?

La comunicación verbal y no verbal son destrezas vitales para el operario jurídico, pues la argumentación se puede dominar a partir de estudiar el lenguaje, en el acto de hablar con otros se podrá construir la verdad que posteriormente será aceptada o no. El éxito de los argumentos está relacionado en función de la relación o correspondencia entre lo que se afirma y los hechos, es decir entre el lenguaje y las cosas concretas e históricas.

"El abogado, como el actor, es un palabreador. Importan, pues, el timbre y los tonos de su voz, su sonoridad, las inflexiones o matices, el aliento y hasta los tempos musicales. Ambos usan recursos y efectos para convencer. Linda palabra. *Con-vencer.* Vencer ambos. O ser ambos vencidos por la razón."[83]

Es mediante la comunicación verbal y gestual como consigue clientes, los convence de su aptitud, explica la problemática al juez, intenta ganar, entre otras necesidades. La exageración como la inexistencia de expresiones derivaría en un grave problema de ineptitud del letrado, para quien si aún con todo el conocimiento no puede sacar provecho de él. Soltura, pero moderación como dice Hamlet en esto tu propia discreción ha de guiarte.

82 Un argumento es una afirmación provista de razonamiento que busca probar algo. Al argumentar se busca exponer las razones que justifican una idea, hecho, conducta, interpretación o significado; con la intención que sea creíble o aceptada. En este sentido la argumentación será puesta a prueba en todo momento, sin embargo, la argumentación no implica mostrar las pruebas irrefutables de la afirmación vertida, por el contrario se busca sóoo convencer o persuadir al receptor del mensaje Suárez Romero y Conde Gaxiola, 2009

83 Blume, 1990.

La lectura lógica-reflexiva no puede esta fuera de aquel catálogo de destrezas jurídicas, muchos estudiantes de Derecho desarrollan tedio a la lectura, cuando es la lectura la que fomenta el análisis y la reflexión. El problema radicaría en cómo se maneja el tema de la lectura desde las facultades de Jurisprudencia, los controles de lectura no representan el conocimiento del alumno y lo mortifican.

Leer adecuadamente (modo analítico) conforma una parte indispensable para el abogado, quien, si no se empapa del caso mediante la lectura, no podrá comprender completamente el conflicto. Mucho menos aconsejar y defender un propósito. La lectura es la herramienta más importante para el desempeño del operario jurídico, es esta la que le provee de argumentos para toda forma de aplicación de la norma.

La redacción apropiada es la marca personal del operario del Derecho. Un juez o abogado que presente un dictamen o replica con incongruencias, o peor aún faltas de ortografía, pondrá en tela de duda todo el resto de su catálogo de destrezas. Existen varios casos que se han librado con una clara declaración de los hechos redactada por el defensor de parte. La escritura aún en un sistema oral como el COGEP no dejará de ser gravitante.

Finalmente, las técnicas de investigación y análisis de la información son un plus facilitador para el abogado, conocerlas le permitirá ahorrar tiempo y esfuerzo, además de contar con resultados veraces y apegados a los ideales de justicia. Esta destreza es esencial para el abogado y su representado pues los favorece o perjudica al no poseerlas.

Esta argumentación tiene tres fases como son: la legislativa, aplicación judicial y el dogmático. Una de las diferencias radica en como la aplicación judicial se dedica a resolver casuísticamente circunstancias donde chocan intereses de dos o más miembros de la sociedad a la que pertenecen, mientras la fase dogmática se ocupa de situaciones abstractas, mejor orientadas a ayudar a sus congéneres. Aún con esta diferenciación ambas fases de ayudan simultánea y simbióticamente. Un ejemplo de ello es cuando al crear jurisprudencia la *ratio decidendi* combina un caso concreto con los ideales abstractos del Derecho para crear precedentes y que estos se respeten en casos futuros.

Explicar los criterios principales que el enjuiciador tendrá que tomar en cuenta es el paso inicial para entender esta actividad base de la armonia social. La teoria de la elección social toma en cuenta cuatro

criterios como: coherencia, individualismo, consecuencialismo e individualismo. Mientras el análisis económico del Derecho se basa en la eficiencia y la maxificación de beneficios al menor costo posible, incluye de mejor manera la racionalidad para poder analizar los fallos.

Para exponer algunos inconvenientes presentados a lo largo de la actividad judicial es preciso identificar los principales problemas en relación con la racionalidad, en un ámbito psicológico, y la decisión del juez permite analizar que mueve las decisiones cuando la razón no es suficiente, debido a un relación directamente proporcional entre los defectuosos métodos usados y el nivel de incertidumbre. Racimo a base de la teoria conductista resume estas tendencias[84] a modo de resumen constan: la preferencia a un estadio medio que a un extremo, la inclinación hacia lo conocido y a mentener el status quo, el exceso de confianza y optimismo respecto a uno mismo, las estimaciones y valoraciones iniciales excesivas que motivan por ejemplo al pago de indemnizaciones ridículamente exuberantes, que tan dispuestos mentalmente se encuentran los juzgadores[85], como se elije y jerarquiza la informacion con la cual se tomará una decisión, la preferencia a la omisión antes que al cometimiento de un delito aúnque causen el mismo efecto asi como de lo usual ante su opuesto y finalmente como los seres humanos buscan relacionar causas y consecuencias para decidir de la mejor forma posible pues el sentimiento de arrepentimiento podria afectar la conciencia de quien da una decisión final. La irracionalidad se ve limitada entonces por factores externos al juez ya que el mismo, al ser un humano, no está excento de ser víctima de estas tendencias.

Las normas juridicas reducen esta incertidumbre pues guian la conducta de los seres humanos, establece reglas por medio de las cuales quienes se someten a un determinado ordenamiento juridico adoptan decisiones racionales para no ser sujetos de sanciones, esto respecto a los ciudadanos. El problema respecto a este enfoque se encuentra en medir la racionalidad de los jueces frente a su elección en dos situaciones con pluralidad de acciones, para ello se requiere un metacriterio[86] el cual se prestaría a la idea de preferencias subjetivas disfrazadas de criterios objetivos.

84 Racimo, 2004. 2.

85 Entiéndase por juzgadores al juez unipersonal de primera instancia y a los miembros de un jurado.

86 Metacriterio: Según Calvo Soler se trata de un criterio ordenador el cual desemboca en una mera cuestión de preferencias del agente.

Los criterios al considerar pueden ser tecnicos como morales, es posible regir almenos los técnicos por medio del formalismo de manera que la autoridad y el procedimiento signifiquen una garantía para los ciudadanos de no caer en el libre albedrio del poder que crea, aún menos de quien aplica el Derecho. Pero ¿Qué criterios podrian ser cuasi objetivos y conjugarse con la subjetividad humana presente incluso en el juez? En primer lugar el juez en esencia debe poseer ciertas caracteristicas especiales como información suficiente, actitud imparcial y racionalidad[87]. No existe sistema judicial en el que el juez no deba sortear una serie de obstáculos (presiones) para mantener su imparcialidad al margen de la moralidad o inmoralidad de estos medios en el ejercicio profesional y particularmente en el litigio, tema sobre el cual se considera que existe mucho que decir, se puede dejar de lado el hecho que la independencia constituye uno de los principales requisitos de un magistrado[88].

En segundo lugar existen criterios que buscan aportar objetividad a estas decisiones como: 1) Universidalidad respecto a las máximas de justicia que no es igual a la generalidad[89] sino a que a todo actor que incide en el mismo comportaiento antijurídico le corresponda exactamente la mismo sanción. 2) Coherencia respecto a la compatibilidad y la consistencia lógica, este criterio se confirma con la sumisión de la norma a los principios y valores que plantea determinado sistema jurídico, por tanto no es puramente formal y es dinámica respecto al sujeto que argumenta. 3) Adecuación de las consecuencias para satisfacer un objetivo social valioso. 4) Moral social de la mayoria de la población aún cuando esta es difícil de conocer y no carezca de prejuicios. Y finalmente 6) Lo razonable del Derecho esta constituido por el cumplimiento de los requisitos formales que justifica una elección.

La reunión de estos criterios constituirá el equilibrio entre lo admisible respecto a los criterios objetivo-formales y subjetivo-morales, el punto medio entre las respuestas planteadas por las escuelas positivistas y naturalistas que más que probar una teoría busca la resolución de conflictos en favor de la justicia y no de la arbitrariedad judicial.

Resumir la manera en que se limita el poder judicial en el sistema anglosajón y continental presta varias explicaciones a la manera de

87 Atienza. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales. 116.

88 Eguez Toledo, Haro Seijas y Zegarra Mulanich, 1995. 4.

89 Una norma especial también puede ser universalmente aplicada

optar por una causa u otra, se presentan entonces la inducción y deducción respectuamente, debido a cuanto influencia la jurisprudencia que el caso del sistema anglosajón lleva por demás la delantera. Así mediante ella se establecen reglas institucionales del juzgamiento a la cual los actores le deben fidelidad e incluso delimitan el marco de la legitimidad, esto daría paso a pensar que aún bajo sus preferencias personales el juez; estas reglas proveen razones a sus decisiónes que va más alla de su subjetividad, crean sentido de deber y responsabilidad e incluso ponen en riesgo la reputación y retribución económica del mismo. Es la utilidad de los principios generales de esa sociedad antes que el abnegado deseo de justicia lo que estimula el fallo de los jueces y el destino de los procesados, esto explica el poderío de la función judicial en el sistema anglosajón.

No existe sistema judicial en el que el juez no deba sortear una serie de obstáculos (presiones) para mantener su imparcialidad Al margen de la moralidad o inmoralidad de estos medios en el ejercicio profesional y particularmente en el litigio, tema sobre el cual considera que existe mucho que decir, no se puede dejar de lado el hecho que la independencia constituye uno de los principales requisitos de un magistrado[90]. En el sistema continental la legitimidad y el control constitucional de carácter bastante positivista permiten la regulación simbiótica entre el Derecho y el poder, sea gracias al Estado de Derecho. Existen diversas maneras de regular esta relación de acuerdo con la fuente utilizada, de cualquier forma el gobernante se limita a lo que establecen la snormas juridicas y estos limites no deben ser reflejo del poder sino su restricción. Este ideal se ve violentado cuando el poder ejecutivo prácticamente legisla y los propios legisaladores en representación de los intereses comunes, esto doblega el poder judicial al ejecutivo. Para evitarlo, desde un punto de vista institucional es preciso rodear de un marco normativo a los magistrados de tal manera que se garantice su independencia[91]. La razón jurídica dogmática e indiferente, a gusto consigo misma, no tolera que se ponga en duda la feliz armonía que reina entre el Derecho y el Poder que tanto beneficia a los juristas y a los políticos[92].

El excesivo número de abogados sin un caso los pone en la dura necesidad de escoger entre el honor profesional y la subsistencia. El

90 Horozco Enríquez, 2005. 4.

91 Abad, De Belaúnde, de la Jara y Pásara, 2003. 5.

92 León Vásquez y Castillo Córdova, 2008. 33.

público, los clientes, mantienen un concepto duro y negativo de los jurisperitos ya que su función se ha envuelto en el lucro y la malicia. La función del abogado debe exponerse sin los aspectos negativos que hoy la envuelven.

Jonathan Swift en sus Viajes de Gulliver expresó mediante el rey que: "era una lástima que criaturas dotadas de tan prodigiosas habilidades mentales como deberían ser ciertamente aquellos abogados cuya descripción yo hacía, no se sintieran inclinadas a ser instructores de otros en sabiduría y conocimiento". Ciertamente es una pena que del abogado no emerjan soluciones benévolas y satisfactorias para el cliente. La venganza y la necesidad de ver al oponente devastado han creado seres repudiables y altisonantes.

Al Abogado le corresponde el arte de simplificar para sus oyentes las complejas normas y caminos jurídicos, para ello debe ser más práctico y hacer que estos escuchas no solo lo admiren por su facilidad de palabra sino confíen en él y se sientan bien representados para que en los casos más adversos sepan que deben cumplir con lo que su defensor consiguió no solo por coacción estatal, sino porque a esa solución la ampara la justicia y la nobleza de ser el mejor remedio a determinado mal. Eso es lo que representan los abogados: seres al servicio de otros seres, que facilitan el paso a la justicia con sus habilidades de defensa y clara explicación.

El abogado es necesario en la sociedad y su presencia es más indispensable en la medida en que la sociedad es cada vez más compleja, en que las relaciones entre los hombres son más numerosas e intensas[93].

3. DESDE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

El propósito original del Derecho, acorde a la historia romana, no fue lucrar. En Roma quienes asesoraban a quienes tenían problemas dentro de la *cives* lo hacían por honor, mantener el orden, intenciones benévolas y no por un monto económico, un ejemplo de ello es Cicerón. Buscar respuestas y resultados, la administración humana de justicia, el bien general; En estas pocas palabras se puede centrar el propósito del Derecho. Existe una intención más

93 Chudson, Mejía y Del Mastro Puccio, 2014.

allá de la acumulación de capital para cada operador del Derecho, existe un ideal de hacer justicia.

Para cumplir los antes mencionados objetivos es necesario mostrar como el Derecho se acopla a la realidad, cambia e intenta ir más allá de una sociedad llena de normas ultracoactivas, sino más bien mitigar y reformar los aspectos y comportamientos negativos en la sociedad. Cuando los individuos confíen en la neutralidad de su sistema legal llegarán a acuerdos y conciliaciones asistidas, en lugar de peleas desgastantes que no encuentran soluciones, por el contrario, hallan más conceptos huecos y preguntas sin responder.

El Derecho se maneja con un metalenguaje (lenguaje de conceptos), los mismos que son autopoiéticos, es decir que se generan en sí mismo. Los conceptos jurídicos son complejos y en ocasiones sin ninguna aplicación práctica que no sea lucirse ante quienes se denominarían "ignorantes del Derecho". Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es el verdadero uso y función de estos conceptos? A lo que después de una lectura medianamente ligera se puede responder con que estas concepciones son instrumentos de la fase teórico-formativa o el primer paso que avanzará hacia el raciocinio, para finalizar con su aplicación en el mundo real. El lenguaje usado por el Derecho es un mundo aparte donde solo quienes pueden manejar estos conceptos viven.

Quienes crean teoría jurídica, en su mayoría, repiten literalmente lo que sus antecesores, pero con nombres distintos y pomposos, como por ejemplo las divisiones pedagógicas en Derecho público y privado que varían de autor a autor, aunque se refieren a lo mismo, esto degenera en una mafia donde solo aquellos cultos del metalenguaje jurídico conocen y debaten de Derecho, cuando fue creado para regir a la sociedad, es más se presume de su conocimiento. Mucha de la doctrina debe ser leída con conciencia que varias veces se repite el mismo tema con títulos diversos.

Así mismo, el positivismo y los mismos operarios del Derecho intentan facilitar su trabajo al pretender hacer de él una ciencia estática, lo cual resulta impensable. La globalización, los cambios económicos, los avances científicos y tecnológicos exigen que la normativa y su ejecución se adecuen a la realidad. Por ello estos conceptos, actualmente mal utilizados, deben tener un carácter dinámico y útil.

Para esbozar soluciones práctico-teóricas a las falencias educativas, encaminar la educación legal hacia el éxito de los futuros abogados del Ecuador y a la real y justa aplicación de la normativa jurídica se debe analizar el proceso de enseñanza del Derecho, así como el de toda ciencia, posee falencias que deben se deben establecer y solucionar. La permuta de conocimiento requiere estudio y entrega de dos actores: Profesor y alumno. Ambos con sus funciones específicas, deben servir al otro como fuente de suma y no sustracción. Actualmente la enseñanza del Derecho ha avanzado muchísimo, pero posee partes oscuras y problemáticas.

"Mirando el plan de estudios de una escuela de Derecho y escogiendo cualquier curso considerado muy importante, me hago esta pregunta: ¿Podría haberme convertido en un abogado y juez de éxito si no hubiera tenido este curso? La respuesta es sí. Sin embargo, ¿puedes triunfar sin un fondo y una base que te de bienestar, inteligencia emocional, salud mental y física, relaciones sanas, entre otros? Si no tienes esa base, también vas a fracasar profesionalmente."[94]

Establecer los desperfectos de la educación inicial del Derecho es importante porque no es posible que desde el comienzo se trabaje con conceptos huecos que complican la completa asimilación de la materia o incluso algunos conceptos útiles, de los cuales su función y aplicación real no fue especificada por el profesor. Aprender un concepto debe representar un logro real para el alumno.

El torero se conforma en el ruedo, así mismo el abogado en la práctica. Las facultades de Jurisprudencia deben ofrecer a sus alumnos armas teóricas como prácticas. No es posible hablar de una educación integral si esta no sirve al salir de sus aulas.

El Estudiante aprende a pelear antes que, a utilizar métodos alternativos de solución, como la mediación, que generen confianza en lugar de temor; tampoco se le enseña a razonar y generar soluciones sino a memorizar para escribir ensayos, pruebas y más ensayos sin valor. La enseñanza del Derecho debe acoplarse a la realidad para su ejecución en la práctica.

En Estados Unidos, existe un cuento tradicional que dice lo siguiente: si me das un libro contándome de pescar, lo leeré y quizá me guste,

---

94 Chudson, Mejía y Del Mastro Puccio, 2014.

pero si eso es todo lo que tengo, tendré hambre por el resto de mi vida. Llévame a pescar y enséñame cómo hacerlo y quizá pueda sobrevivir por el resto de mi vida. Pero si me das un libro, me llevas a pescar y me dejas aprender a cómo hacerlo, mi barriga estará llena por siempre[95].

El profesor que provea conocimiento, sin acaparar la posibilidad de expresar sus ideas, y enseñe a generarlo suplirá las necesidades y ambiciones de sus alumnos. Además, el otro extremo consistente en dejar hablar a todos y no poder llegar a una conclusión, resultaría perjudicial. Llegar a un punto medio entre una clase magistral y participativa sería la opción ideal de retroalimentación para la clase.

A los profesores no se les ha "enseñado a enseñar" por ello tienen que innovar, mediante un proceso de intento, fallo y rectificación cada profesor encontrará el método más provechoso para lograr su tarea: formar cerrando de a poco la brecha entre adquirir conocimiento inútil y preparar a los futuros abogados (hábiles y prácticos) de su nación. Cada profesor debe desarrollar un método específico que funcione con determinada clase.

"Aprender a aprender" es esencial para el alumno y el profesor, esa habilidad no se logra en clases magistrales de cursos teóricos, sino en talleres, en el desarrollo del razonamiento e investigación. La Interdisciplinariedad de las ciencias y su ejercicio de la profesión ampliarán los horizontes del abogado o del estudiante de Derecho a tal punto que podrá detectar soluciones que favorezcan a su cliente en todos los sentidos y harán que su mente vaya más allá de lo que se ha impartido en clase.

De la educación de cada abogado del país depende el funcionamiento del sistema legislativo y judicial, en sus manos estará la aplicación de justicia y el referente jurídico de humanidad de la nación ¿no es entonces gravitante que sean personas capaces quienes asuman estas tareas? Establecer las falencias e incongruencias desde la enseñanza del Derecho, dentro de cada facultad de jurisprudencia, es trascendental. Es allí donde se debe erradicar el nacimiento toda forma débil, ilógica e incoherente de normativa jurídica. El objetivo del Derecho desde siempre ha sido normar la sociedad para evolucionar conjuntamente, para lograrlo es necesario proponer opciones realistas, mismas que al ser ejecutadas encaminen a estos centros de aprendizaje a la forma-

95 Chudson, Mejía y Del Mastro Puccio, 2014.

ción de profesionales hábiles, útiles a la colectividad y con conciencia de la realidad nacional.

El Derecho a lo largo del espacio y tiempo ha buscado la verdad, por medio de soluciones a conflictos que se generan en el entramado de las relaciones sociales. Para conseguir estos fines es necesario buscar un camino óptimo, a lo que llamaremos método. La doctrina positivista y sus adeptos buscan una aplicación rígida del Derecho en la cual se usa la idea de Montesquieu que el juez solo debe realizar una aplicación exegética del Derecho. Asimismo, limitarse al uso del método deductivo resulta necio frente al carácter dinámico de la sociedad. Nace entonces una pregunta ¿Cómo dinamizar el Derecho desde su metodología? Indicar nuevos métodos de razonamiento es el paso inicial que encamina la normativa jurídica hacia la realidad, gracias a la adopción e integración de otras ciencias será posible llegar a la verdadera ciencia social. Los conflictos de intereses han Estado presentes en la historia a la par que el humano. Al ser la violencia un medio nada óptimo para resolverlos la figura de un tercero que juzga se implementó. Hoy en día el poder judicial es parte de muchos sistemas jurídicos en pro de la armonía social pero que es lo que motiva a los jueces a inclinarse hacia una causa u otra ¿es acaso la lógica, la razón o la simple preferencia subjetiva? Esto genera algunos problemas por lo cual es necesario exponer aquellos que se presentan a lo largo de la actividad judicial según el sistema anglosajón y continental, que condiciona a nivel psicológico la racionalidad del juez y que limite hace frente a este poder de decisión tan grande. Solo al comprender el contexto de argumentación por completo es posible comprender las decisiones judiciales.y como los sentimientos y la racionalidad de conjugan.

4. CONCLUSIONES

La argumentación, la expedición de normas e incluso más la aplicación de la normativa jurídica dependen de la correcta asimilación lógica y analítica del operario, por lo que es impensable separar al Derecho y la coherencia-lógica. Es importante considerar que la argumentación jurídica es el proceso escrito y oral que los juristas utilizan para persuadir a sus interlocutores respecto a sus interpretaciones de la norma jurídica, aún así, su estructura debe ser susceptible a verificación. Para que exista el argumento persuasivo debe existir una estructura lógica del argumento que pueda ser susceptible de no caer en

contradicción. Esto demanda un examen del lenguaje desde la lógica formal o material.

La enseñanza del Derecho debe contemplar tres aspectos: buenas bases teóricas, desarrollo de habilidades y experiencia adquirida mediante una mezcla teórica y práctica, ambas no pueden prescindir de la argumentación lógica que debe ser impartida desde las nociones más esenciales del pregrado pues sustentarán su pensar y actuar. El estudiante de Derecho además debe contar con el poder de persuasión propio de la argumentación jurídica que enlaza la normativa, los conceptos y la habilidad del operador jurídico.

El abogado debe poseer un catálogo variado de destrezas jurídicas como: la lectura, la redacción, la expresión verbal, no verbal, el empleo hábil de la sustentación lógica y la investigación. El abogado debe también desarrollar habilidades interpersonales, como son la capacidad de trabajo en equipo, las buenas relaciones con las personas del entorno y el buen trato al cliente.

Para la dinamización del Derecho es primordial evitar la absolutización de un solo método, La función del juez va a más allá de una simple aplicación mecánica y al ser así sus fallos deben estar motivados de manera interna y externa. El método deductivo ayuda al control de la lógica interna que deben tener las sentencias en favor de validez, pero se puede prescindir de otros pues la actividad judicial tiene varias fases y en cada una tiene un proceso intelectual es diferente.

Las nuevas propuestas, las mismas que recogen la maxificación de beneficios, mediante el proceso ensayo-error de la Economía austriaca y el uso conjugado de métodos encaminan al Derecho a ser una verdadera ciencia social tan dinámica como su materia de estudio: la sociedad. Estas propuestas muestran la utilidad y eficiencia de las normas y la actividad judicial de modo que representen el nivel intelectual y humanístico con el que cada Estado se maneja social y jurídicamente.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, S., De Belaúnde, J., de la Jara, E. y Pásara, L. (2003). Reforma del poder Judicial. *Revista Jurídica Themis* 47.

Atienza, M. (2005). Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica. *Revista Jurídica de la UNAM*.

Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales. *Revista jurídica de la UNAM*, 113-134.

Baca d´la Zota, W. (1989). Poder Judicial y realidad. R*evista jurídica Themis 47.*

Blume, R. (1990). Los abogados y el teatro. *Revista jurídica Themis,* 2.

Brion, D. J. (2009). Normas y valores del análisis económico del Derecho. *Revista jurídica Themis*.

Chudson, C. B., Mejía, T. y Del Mastro Puccio, F. (2014). *Revista jurídica Themis,* 4.

Eguez Toledo, J. A., Haro Seijas, J. J. y Zegarra Mulanich, G. (1995). El poder judicial: *La visión de los magistrados*. R*evista jurídica Themis 249.*

Figueroa Navarro, A. M. y Huayta Rodríguez, M. E. (2014). *Deducción y deductivismo: reflexiones sobre su funcionalidad en la decisión judicial.* Obtenido de http://perso.unifr.ch/Derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_03.pdf

Fraga Lo Curto, L. (s.f.). *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del Derecho*. Universyté Lyon III.

Horozco Enríquez, J. (2005). Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico. *Revista Jurídica UNAM.*

Huerta Ochoa, C. (2015). Interpretación y argumentación en el Derecho. *Revista Jurídica de la UNAM.*

León Vasquez, J. y Castillo Córdova, L. (2008). Poder judicial versus Poder Ejecutivo. *Revista Jurídica Themis 55.*

Lionetti de Zorzi, J. P. (s.f.). Razonamiento Jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial. *Revista Universitas,* 3-22.

Magaloni Kerpel, A. L. (2016). ¿Cómo estudiar el Derecho desde una perspectiva dinámica?. *Revista jurídica de la UNAM.*

Méndez Reátegui, R. C. (2008). *El Análisis Económico del Derecho: Principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual.* Perú: Universidad Nacional Mayor de San Carlos.

Posner, R. (2002). Análisis Económico del Derecho. R*evista Jurídica ICESI.*

Racimo, F. (2004). El análisis conductista del Derecho. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia PUCA,* 2.

Serrano Migallón, F. (2015). Guia de Estudio sobre el Análisis Económico del Derecho. *Revista Jurídica de la UNAM.*

Suárez Romero, M.Á. y Conde Gaxiola, N. (2009). Argumentación jurídica. *Revista jurídica de la UNAM.*

Recibido: 02/08/2017

Aceptado: 24/11/2017

María Isabel Zamora Zumárraga: Investigadora Jurídica del estudio Cevallos & Noboa.

Correo electrónico: isabel_zamora@hotmail.com

Métodos de Razonamiento Lógico-Jurídico aplicados a Decisiones Judiciales: La Jurisprudencia como Mecanismo de Poder Estatal

Methods of Logical-Juridical Reasoning applied to Judicial Decisions: The Jurisprudence like Mechanism of State Power

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD
Profesora Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Camila Bernarda Cedeño Dávila
Investigadora PUCE

Maxwell Andrés Camacho Balseca
Investigador PUCE

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 169-194, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este estudio analiza como la dialéctica brinda métodos que colocan al juez en una posición singular dentro de la estructura de poder del sistema democrático del Estado. En las siguientes páginas, inicialmente, al contraponer dos métodos clásicos como lo son el deductivo y el inductivo, se podrá determinar si de hecho su aparente contradicción según el proceso de razonamiento que persiguen, genera una incompatibilidad para trabajar de manera conjunta, y así obtener mejores resultados al momento de tomar una decisión de carácter judicial. En tal contexto, se estudiará la lógica jurídica y su manifestación como una herramienta esencial del conceptualismo aplicado a la doctrina positiva del Derecho, pues basa su accionar en cuestiones prácticas donde el concepto surge de una realidad inherente.

Este escrito, en definitiva, busca exponer el uso de la lógica jurídica en la ciencia del Derecho y, como bajo principios básicos el razonamiento, hace una función relevante para crear un conocimiento y aplicación de esta disciplina más correcta e informada, además al ser adaptada a las necesidades reales de la sociedad.

PALABRAS CLAVES: razonamiento lógico-jurídico, decisiones judiciales; jurisprudencia, deducción, inducción.

ABSTRACT: In this study, we will analyze how the dialectic provides methods that place the judge in a unique position within the power structure of the democratic system of the State. In the following pages, initially, by contrasting two classical methods such as the deductive and the inductive, it will be possible to determine if in fact their apparent contradiction according to the reasoning process that they pursue, generates an incompatibility to work together, and thus obtain better results when making a judicial decision. In this context, the legal logic and its manifestation will be studied as an essential tool of conceptualism applied to the positive doctrine of law, since it bases its action on practical issues where the concept arises from an inherent reality. This writing, in short, seeks to expose the use of legal logic in the science of law and, as under basic principles, reasoning, makes a relevant function to create knowledge and application of this discipline more correct and informed, in addition to being adapted to the real needs of society.

KEY WORDS: logical-legal reasoning, judicial decisions, jurisprudence, deduction, induction.

INTRODUCCIÓN

Las diferentes corrientes de pensamiento, desde tiempos milenarios han desarrollado diversas formas de ver y entender al mundo, varias de ellas se mantienen hasta la actualidad, y algunas otras han evolucionado de acuerdo con las necesidades de una sociedad en constante cambio. Entre ellas, se encuentra la lógica; y en particular, la dialéctica. La misma que a su vez, proporciona recursos que se adaptan de forma más eficaz a los diferentes escenarios de la vida de las personas.

En este estudio, se observará como los métodos proporcionados por la dialéctica, le otorgan al juez una posición singular dentro de la estructura de poder de un sistema democrático, llamado Estado. Donde el legislador, pierde cierto protagonismo, ya que es el juez quien tiene la última palabra, cuando toma una decisión judicial. Cuando antes, este debía someterse a las normas de modo que su ejercicio terminaba por ser mecánico, un operador del Derecho. Mientras

que ahora, puede tener cierta flexibilidad, dentro del ordenamiento jurídico, pues las herramientas de las que dispone, así se lo permiten.

En este análisis, inicialmente, al contraponer dos métodos clásicos como lo son el deductivo y el inductivo, se podrá determinar si de hecho su aparente contradicción según el proceso de razonamiento que persiguen, genera una incompatibilidad para trabajar de manera conjunta, y así obtener mejores resultados al momento de tomar una decisión de carácter judicial. Lo que resulta en una técnica, es decir un conjunto de métodos, que, aplicados de forma precisa, no son excluyentes por su naturaleza ya que persiguen un mismo objetivo, en este caso, permitirle al juez llegar a una conclusión.

De esta manera, para definir si las decisiones tomadas por un juez, son una decisión racional o lógica, en las siguientes páginas se descompondrán los elementos básicos, para conceptualizar a cada una, ya que no existe una sola definición de aquello que se toma como racional en tanto responde a algo comprobado como verdadero, y lógico en cuanto ambos presunción y resultado, tengan relación de acuerdo con los hechos. De modo que se pueden obtener decisiones ilógicas cuando la verdad real dista de la verdad procesal, pero resultan racionales ya que responden a lo que dicta el Derecho, tomado como eje de certitud.

Luego se estudiará la lógica jurídica y su manifestación como una herramienta esencial del conceptualismo aplicado a la doctrina positiva del Derecho, porque basa su accionar en cuestiones prácticas donde el concepto surge de una realidad inherente. De todas formas, en relación con la actividad judicial, el ideal regulativo del Estado de Derecho es que las buenas decisiones judiciales sean precisamente las decisiones bien argumentadas, fundamentadas en el Derecho escrito (García Falconí, 2013).

La obligación de motivar es uno de los aspectos más importantes respecto a la toma de decisiones basada en criterios formales sean autoritativos, o de alguna procedimental puesto que el método lógico asegura que dichas decisiones sean acompañadas de una argumentación pertinente al razonamiento de donde provienen; cumplir con dichos criterios se muestra como un decisión motivada nunca podrá ser una mala decisión ya que un juez siempre basará su toma de decisiones respecto a lo que el Derecho califica como “Bien común”, pues aúnque sea un error fundamenta su existencia en Ipso Iure, y no otras motivaciones que afecten el sentido de la ley.

El fin último de este escrito es exponer el uso de la lógica jurídica en la ciencia del Derecho y, como bajo principios básicos el razonamiento, hace una función relevante para crear un conocimiento y aplicación de esta disciplina más correcta e informada, además al ser adaptada a las necesidades reales de la sociedad. Se disertará entonces, en como la lógica es "...un concepto global, pero con el mismo enfoque, sentido y forma práctica aplicada" (Martínez Barrera, 2017). Así pues, por medio de los conocimientos que serán expuestos en este artículo, se procurará buscar una respuesta efectiva y plausible hacia el uso de la lógica como un instrumento conceptual y su complementación con la práctica jurídica para poder crear un producto final lógico-práctico, en la toma de decisiones judiciales por parte de los operadores del Derecho.

1. DEDUCCIÓN E INDUCCIÓN ¿SON INCOMPATIBLES AL MOMENTO DE DECIDIR?

En la presente sección, se da paso a una forma convencional de construcción y deconstrucción[96] del pensamiento, mediante los que se pretende establecer si existe una incompatibilidad entre el método inductivo y, el método deductivo como mecanismo de razonamiento. El cual tiene una estructura ya conocida por quienes estudian al Derecho; el silogismo. La cual parte de un enunciado general traducido en la norma jurídica que vendría a ser la premisa mayor. Una segunda fase que toma en cuenta el caso particular que se pretende resolver, la premisa menor, y finalmente esto nos permite llegar a la conclusión que surge del ejercicio de encuadre o propiamente dicho, de subsunción.

Este ejercicio supone una aplicación sistemática de las normas, por parte del juez, donde no cabría error alguno, pues parte del supuesto que la norma que se emplea es aquella que ha sido creada a la perfección, y asume que el sistema judicial cuenta con jueces probos en la materia, quienes atienden a los principios del Derecho, y por consiguiente obran con rectitud al momento de tomar una decisión, y cumplen con uno de los principios más importantes, la imparcialidad.

La imparcialidad entendida por De La Oliva como "la posición neutral o trascendente de quienes ejercen la jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio", supone dejar de lado toda subjetividad que pueda, de cierto modo viciar la decisión de un

96 Deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual.

juez. En tanto que sus propias aseveraciones le resulten más convincentes que la norma misma, desviándolo de su objetivo. Para ello la llamada imparcialidad subjetiva garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, mientras que la imparcialidad objetiva asegura que no ha tenido un contacto previo con la causa en la que interviene y, que, por tanto, se acerca a la misma sin prevenciones en su ánimo. Por esta razón el método deductivo, se asume como el único método de razonamiento adecuado dentro de la práctica judicial, ya que al ser un ejercicio que sigue una estructura determinada y que no emplea elementos externos, más que los dados por el Derecho mismo, tendríamos entonces sentencias debidamente motivadas, que respondan al fin mismo del Derecho, la justicia. Siempre resulta mucho más sencillo hablar desde la teoría, sin contar que donde se prueban es en la práctica. Y es ahí donde se encuentra que los casos que pretende resolver el Derecho, son complejos en su máxima expresión, ya que dificultan una aplicación mecánica del Derecho como lo plantea el método deductivo. Donde el Derecho ha previsto una determinada conducta bajo ciertas circunstancias que tiene como resultado una sanción consecuente al acto descrito en la norma. El problema radica entonces, en los cientos de ocasiones en que las particularidades del caso impiden la aplicación de una norma, o al menos de una sola de ellas.

Esto supone un esfuerzo mayor por parte del juez, porque en caso que existieran dos o más normas aplicables, como de igual forma ninguna, será su deber encontrar una solución. Y esta a su vez deberá estar fundamentada, para que resulte válida. Es aquí donde el trabajo del juez se amplia, ya que deberá recurrir a los diversos mecanismos que le ofrece el mismo Derecho para resolver la causa que se le ha encargado. Entre ellas se encuentra la interpretación, y la integración del Derecho. Para lo cual hará uso de todo el bloque jurídico del que dispone el juez. Si bien la interpretación es un ejercicio del juez, se pretende que lo que sea que decida, no se aleje de las líneas jurisprudenciales que se han establecido a lo largo de la vida del Derecho, respondiendo estas a un mismo sistema, que es el de deducción; por lo que se obtendrían resoluciones similares en cuanto al camino de interpretación que se sigue para llegar a la decisión final.

Sin embargo, en la práctica encontramos variadas corrientes de razonamiento, se podría decir tan particulares, como una por cada juez u operador jurídico que haya en el mundo. Lo que nos lleva a pensar, que, si bien el método deductivo no es el único, entonces podría ser al menos el más adecuado, al momento de tomar una decisión. De tal

modo que, lo ideal sería encontrar una técnica que aplique de forma concreta y directa, varios métodos, que logren mejores resultados, en la medida en que el conjunto de reglas se mejore, es decir, que se obtengan mejores decisiones judiciales, al implementar técnicas colaborativas; en este caso la deducción más otro elemento, que permita la obtención de un panorama amplio, en el que no se desperdicien recursos, sino por el contrario que se exploten todas las posibilidades.

En adición a lo antes mencionado, existe otro método de razonamiento. Este vendría a ser la antítesis de la deducción. El método inductivo propone lo inverso, partir de un postulado específico para llegar a la norma general y tomar una decisión. Como analizaremos en la siguiente sección esto podría suponer un problema. Pero para llegar al conflicto, se analizará su aplicación. Una forma de observar un proceso inductivo es en aquel que para Sánchez Velarde: "se analizan, se interpretan los indicios a efecto de llegar a conclusiones basadas en las reglas de la ciencia y la experiencia", con lo que se podría interpretar que se va de lo particular (los indicios) a lo general (las conclusiones)." y como parte de este mismo ejercicio recurrir nuevamente al método deductivo apoyarse en una ley general que permite, según la lógica de su razonamiento, pasar a un Estado de certeza particular.

Esto prueba que no existe un solo camino a seguir, al momento en que un juez debe tomar una decisión, lo que amplia abiertamente la gama de posibilidades que tienen los operadores jurídicos dentro del ejercicio profesional. Sin embargo, al momento de tener varias opciones, todas pueden parecer adecuadas, cuando en el fondo no lo sean completamente. Es por esto que resulta imperante diseccionar cualesquiera que fuere el proceso elegido, en cada uno de sus pasos, sobre todo al emplear un método mixto o dialéctico, que se planteó en líneas anteriores. Resultando inconsciente entonces, para la mente humana, invocar "pasiones subjetivas" al momento de tomar una decisión, sobre todo cuando existen factores sociales externos, que se encuentran vinculados al caso de forma tácita, los mismos que deben ser visibilizados por el juez.

Dentro del proceso de inducción que realiza el juez, al tener varios elementos sociales a tomar en cuenta se suelen inmiscuir, algunos que no deberían resultar relevantes al momento de decidir sobre un caso. Sin embargo, es más común de lo que se quisiera aceptar, que esto ocurra. En la medida en que los jueces hacen un discernimiento previo del caso que se pretende tratar, como casos de una rama determinada, que responden a una llamada lógica interna que se resuelven con un sen-

cillo ejercicio lógico predeterminado. Casos anómalos, es decir que, a pesar de pertenecer a una rama de Derecho determinada, no se siguió la lógica interna correspondiente, y por último casos que permiten una discusión abierta, en la que los argumentos ya no son correctos o incorrectos, sino que responden a corrientes propias del pensamiento del juez, ya que es un actor social más dentro de la comunidad no jurídica la que pertenece, de manera independiente al rol que desempeña.

Si bien dentro de la inducción caben muchos más elementos que deben considerarse al momento de tomar una decisión, y esto podría generar una proporcional causa de error en el proceso de razonamiento porque desvirtúa su objetividad, no es garantía por contradicción que el método deductivo sea el único ni el más adecuado a aplicar, como tampoco significa que el método inductivo en la totalidad de ocasiones en que sea empleado, tenga como resultado una decisión viciada y falta de objetividad, pues al contrario se analiza la causa desde un panorama amplio, en el que se tiene en cuenta la interdisciplinariedad entre las ciencias, ya que el Derecho responde a procesos sociales, y no puede ser mecanizado, como lo plantea el método deductivo al concebir al Derecho como un sistema cerrado de aplicación dura de las normas.

De esta manera el método deductivo y el inductivo, no resultan excluyentes, en tanto que emplean caminos diferentes, para conseguir un mismo objetivo. Puesto que, al pretender satisfacer las necesidades de la justicia, y seguridad jurídica, tienden a frustrarse los objetivos centrales del Derecho, a causa de una deficiente aplicación de los métodos a su alcance. Los mismos que pierden importancia sobre todo frente a los juristas, ya que se tachan de insuficientes, cuando el problema no está en la estructura sino en la aplicación de estos instrumentos fundamentales, que, a pesar de naturaleza estructural, permiten la evolución del Derecho, gracias a la argumentación de los jueces en sus decisiones, y son quienes emplean estos métodos como parte de su ejercicio profesional.

2. SE OBTIENEN DECISIONES ¿RACIONALES O LÓGICAS?

El Derecho es praxeológico, por lo que entiende al ser humano como un ser racional, y de esta manera no admite elementos no comprobados con los que se puede delimitar la acción humana, en este caso la forma en que deciden los jueces. La praxeología de forma fundamental, parte de los individuos que realizan acciones conscientes hacia

objetivos elegidos. Así para determinar si una decisión judicial resulta racional o lógica, se procederá a conceptualizar cada una de ellas, ya que tienden a tomarse como iguales y no lo son.

La praxeología parte de un axioma verdadero, A, la norma, y donde todas las proposiciones que puedan deducirse de este axioma deben asimismo ser verdaderas, las decisiones judiciales sustentadas en la norma jurídica. Entones, si A implica B y A es verdad, entonces B debe ser también verdad. Entonces es lógico. Mientras que la racionalidad consiste en un método donde se asume la posibilidad de reflexión sobre una determinada realidad. Una realidad donde la razón tiene cabida siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, una de ellas, es que el individuo no puede ser su propio juez, con la idea de la imparcialidad, al momento de juzgar y en este caso en particular tomar una decisión, de lo que se deduce una premisa común del Derecho, "no se puede ser juez y parte a la vez". De esta manera la racionalidad es un Estado que adopta la persona, mientras que la racionalización es un proceso, con el cual logra llegar a ese Estado a través de acciones que responden a la razón, como un elemento inherente a la evolución del pensamiento humano.

La racionalidad no da cabida al ensayo de prueba y error, como comúnmente actúan los seres humanos y a base de eso construyen experiencias que en un futuro les sirven para tomar nuevas decisiones. De ese modo la racionalidad, implica un proceso, donde se toman en cuenta las variables que forman al problema, de tal manera que incluso puedan preverse posibles resultados no deseados a partir de esta decisión racional. Una de las formas de darle racionalidad a una decisión es transformar a las variables en proposiciones objetivas que puedan ser cuantificadas. ¿Cómo se logra esto? La respuesta sería gracias al análisis económico del Derecho, por un lado, al permitir de cierta forma calcular el costo beneficio de una decisión frente a otra. Y en un amplio panorama de posibilidades, escoger aquella que proporcione el máximo beneficio, al mayor número de sujetos, y al menor costo posible. Puesto así tan sencillo, resulta incluso obvio cómo toman sus decisiones los seres humanos, ya que la racionalidad se asume aún cuando los criterios aparentemente objetivos están supeditados al subjetivismo de la preferencia que tenga la persona respecto al fin que persigue.

En el campo jurídico, sucede de forma un tanto diferente. En tanto lo lógico asume que las acciones en el mundo real deben tener lugar en el tiempo: toda acción tiene lugar en algún presente y se dirige hacia alcanzar un fin en el futuro, el Derecho pretende a su vez prever con-

ductas, antes que se materialicen en el mundo real, construir medidas preventivas, que reduzcan de cierta forma, los potenciales conflictos, y conductas no deseadas por la sociedad, estas condicionan la toma de decisiones de los seres racionales respecto a su vida, a través de la creación de normas jurídicas. Por tanto, la acción implica que el hombre no tiene un conocimiento del futuro, porque si lo tuviera, ninguna acción suya supondría ninguna diferencia.

Por tanto, la acción implica que viven en un mundo de incertidumbre, o sin una completa certeza del futuro. Así lo único que da certeza es la norma positiva del ordenamiento jurídico. El juez debe acudir al expediente, que hará el papel de experiencia, lo presentado en juicio será lo que el juez conozca, y la ley en tanto esté vigente y sea esta utilizada para fundamentar la decisión del juez, se tendrá como una decisión racional. Aquí es donde entra el conflicto entre la lógica y la racionalidad. A través de la verdad- real y de la verdad procesal. (Flores, 2004)

Para la filosofía del Derecho, la verdad era una correspondencia del conocimiento con la cosa, de acuerdo con corrientes del pensamiento desarrolladas, en tiempos antes de Sócrates. Para Platón en cambio, al hacer uso de la dicotomización[97], sostuvo que aquello que responde a lo real es verdadero, y en tanto se aleje de eso resultaría falso, muy similar a lo que en su momento planteó Aristóteles en cuanto a relatar un discurso sobre lo que “es” y lo que “no es”.

Siglos más tarde, Dewey, un filósofo Estadounidense, fue quien sostuvo que una idea es verdadera si satisface las condiciones del problema para cuya resolución fue desarrollada. El mismo que concibió todas las ideas como hipótesis, soluciones tentativas a problemas, que son ciertas en la medida en que satisfacen sus condiciones. Así planteada la verdad, podría ser esta acepción la adoptada, por el Derecho en términos de practicidad y eficacia, que respondan a las necesidades que pretende suplir. De esta manera, si bien el Derecho es praxeológico, las decisiones judiciales, responden a juicios de verdad o falsedad en tanto que estas, hayan seguido el debido proceso, en su formulación y cumplan con el objetivo deseado. Ahora bien, quienes fijan el objetivo a seguir, son los propios jueces.

97 División de un concepto o una materia teórica en dos aspectos, especialmente cuando son opuestos o están muy diferenciados entre sí. Contraposición de dos términos; blanco-negro, bonito-feo, verdadero-falso.

Luego, con Duncan Kennedy, a partir de sus *Critical Legal Studies*[98], los jueces pueden tomar dos caminos. El primero, analizar los hechos del caso, encontrar una norma que les permita resolverlos y llegar a una conclusión. Y el segundo, tomar una decisión, es decir determinar de entrada el veredicto, a raíz de esto encontrar una norma que vaya acorde con los hechos, y que le permita sustentar su decisión, previamente tomada.

En contraposición a lo antes mencionado, la verdad procesal es la que el juez debe encontrar a través de un procedimiento en que se enfrentan dos verdades: aquella que demanda como única el actor, y a la que responde de forma contraria el demandado. Ahora, ¿Cómo el juez decide? En cuanto a la verdad procesal, el juez cuenta con elementos que le permitirán dirimir, cuál de las dos "verdades", es la verdad que al Derecho le compete; la verdad procesal. Entre los elementos que se mencionan, está la "prueba", que busca influir en el juzgador, para que la verdad le sea favorable a quien la presenta. Definida como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir como motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. A través de la historia la prueba, ha tenido varias fases.

La tercera fase, llamada legal o de tarifa legal, se establece un sistema probatorio obra del legislador eclesiástico y civil. Existen reglas de carga de la prueba: el demandante debe demostrar los hechos, el demandado sus excepciones o resistencias. Se introduce la lógica en el desarrollo de la prueba; se otorgan facultades al juez para procurar la confesión en los procesos, aún cuando estos no resulten concluyentes con la verdad real. Ya que, en varios casos, la verdad real es que A cometió B, pero la decisión del juez será otra como se verá en el ejemplo siguiente.

Si bien en un caso en el que A cumple el supuesto de hecho de haber matado, este sale inocente y no es condenado de acuerdo con B que sería ser privado de su libertad por haber cometido A. Resulta ilógico que esto ocurra, pero es posible puesto que, en materia de Derecho, todo se reduce al expediente, así entonces sería completamente racional decidir algo que va en contra de toda lógica, pues si dentro del juicio las pruebas fueron mal practicadas, el Derecho determina que estas se anulan y se toman como no presentadas, así el juez deberá omitir de sus cavilaciones este elemento. Mediante lo cual se obtiene

98 Estudios Críticos Legales.

una decisión fundamentada en Derecho que es racional y a ojos del común denominador, ilógica.

Esto ocurre ya que, el juez realiza una serie de operaciones mentales al momento de determinar la verdad, porque le permiten valorizar las pruebas presentadas. Pero como se mencionó, dado que el Derecho sigue procedimientos ahora regulados, pero no menos ceremoniales que los de la antigüedad, si el abogado, como agente de los particulares, no es cabal al momento de presentar dichas pruebas, de acuerdo con lo que le dicten las normas. Estas resultan invalorables. Y aún cuando están son admitidas no son garantía que la verdad se encuentre de su lado, porque como parte del ejercicio de valoración del juez, queda a su capacidad de extracción de los elementos pertinentes, el resultado que obtenga. De tal forma, el juez al apelar a uno de los métodos de deducción o inducción, de acuerdo con la coincidencia o armonía entre lo percibido y lo dudoso; infiere, deduce o concluye la verdad o falsedad del argumento que motivó la prueba. Aún cuando la decisión tomada por el juez no refleje la verdad real, y la verdad procesal se haya visto de cierta forma, viciado, en tanto que la prueba fue inconcluyente porque no llegó a ser valorada.

3. RAZONAMIENTOS JUDICIALES

La lógica se adapta a la sociedad en la que existe, pero consta de principios para su entendimiento básico; además de diferentes ramas y exponentes que brindan definiciones contrapuestas sobre la practicidad, el conceptualismo teórico y la lógica como ciencia que abarca ambos campos de acción. Se presenta a la Lógica como una ciencia que estudia conocimientos, o sucesión de hechos que se desarrollan de forma coherente, pues se establece que en ambos razonamientos cumplen con "principios de coherencia y no contradicción" Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana, 2011); dicho establecimiento se basa en argumentos de análisis de diferentes autores, y conceptos aplicables de otras ciencias, respecto a:

> La necesidad de técnicas que permitan al corrección y racionalidad de las decisiones jurídicas se presenta, además, por la eficacia en el sistema jurisdiccional de principios tales como igualdad, seguridad jurídica, unidad del ordenamiento jurídico, confianza legítima, acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, es decir,

> resulta evidente la necesidad de la existencia de criterios uniformes ante circunstancias fácticas similares que permitan determinar una previsibilidad ante la actividad jurisdicción. (Aguirre Castro, 2012)

El razonamiento se basa principalmente en principios de igualdad ante la ley, o igualdad material que promulga el bienestar de los ciudadanos, sin privilegios, solo esperar que la justicia se distribuya, y se promulgue por igual antes los ciudadanos. El ignorar los sesgos que son una característica inherente, de los seres humanos ya que siempre como diría Hobbes "El lobo es el lobo del Hombre" (Hobbes, 1853), aúnque el operador de la justicia mantenga su ética, siempre persistirá la motivación como la principal razón para un argumento coherente, y la racionalidad de los hechos para poder tomar una decisión basado en la verdad, y la razón.

4. LA RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Las decisiones judiciales se basan en reglas que obligan a los operadores del Derecho a que dichas decisiones sean guiadas por la razón (práctica,) de acuerdo con revisiones lógicas con una inminente oposición hacia el irracionalismo porque sus bases teóricas se basan en elementos extraños basados en el sentimiento, emoción, etc. (Ulloa Ulloa, 2016). El Estado constitucional de Derecho al formarse a tono democrático busca que la soberanía popular, brinde razones inherentes para la toma de decisiones, y la justificación de actos que al ceder parte de su soberanía se busca un bienestar general que explican los términos obligatorios, permitidos o prohibitivos que muestran el nivel de aceptabilidad de la norma busca criterios netamente racionales y efectivos a las necesidades sociales.

La palabra lógica bien del latín lógica y del griego *logiké*, derivado de *lógos* "argumento, discusión, razón". En su propia raíz viene de una acción y un hecho lo cual muestra que no se limita a un campo, sino se muestra como la herramienta principal para emitir razonamientos correctos con tenor en los hechos en el plano jurídico, pero siempre como lo es el sistema de Derecho Romano-anglosajón se basa puramente en la deducción del operador del Derecho, y sus respectivos jueces. Dicho debate se llevó a cabo muchos siglos antes, con el neopositivismo o positivismo lógico que daban a conocer al conceptualismo como una forma unilateral de conocimiento, de esta manera los enunciados válidos solo si:

En tal virtud, los servidores públicos en sus resoluciones deben dejar clara y precisamente establecidos: (i) los antecedentes de hecho, (ii) las normas y/o los principios jurídicos que considera violados por la actuación del ciudadano (principio de legalidad), (iii) las motivaciones o argumentos en que se funda la alegada violación normativa, y explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Tarea para la cual, se encuentran sujetos al cumplimiento de las reglas de argumentación que la comunidad jurídica y política considera esenciales para valorar la corrección de las resoluciones de los poderes públicos acorde con el criterio de razonabilidad que permita establecer la "estricta racionalidad" de sus razonamientos. (Verdezoto Noboa, 2009).

Por lo cual en síntesis basado en criterio de eficiencia en él se delimitó la definición de práctica de la racionalidad en la toma de decisiones de los servidores públicos, y según el análisis se conformó lo que se conoce como argumentos judiciales plenamente racionales. De esta manera se creó una inclusión positivismo lógico, que da forma a la aplicación de esta ciencia en los enunciados empíricos y analíticos. El uso original de la lógica en el Derecho fue para la expresión de ley de una manera clara, y sin ambigüedades, ya que el Derecho se adapta al mundo en el que vive. En tal sentido, se ha determinado que, "El hombre como tal busca en su máximo esplendor el bienestar individual ante toda circunstancia, pues forma parte de su racionalidad primaria en la sociedad, y en su medio natural respecto a los elementos informativos de los cuales dispone mostrar" (Dun, 2009).

La fruta de la discordia de Hera (es el medio) por el cual una decisión determinada, recibe una respuesta o un efecto el cual es determinado por el grado de priorización sobre otras decisiones, por el cual la toma de decisiones de los funcionarios públicos es basada en las leyes prescritas para los ciudadanos en voz de principios de igualdad ante la ley, justicia, anti-favoritismo, porque para cada situación existe una determinada teoría para justificar los medios por la cual se toman las decisiones, y el medio judicial no es indiferente. El medio práctico y el concepto siempre han ido de la mano, en busca de un conocimiento completo ya que hay pocos elementos que apliquen unitariamente el concepto o la practicidad del raciocinio, en la mayoría de casos se completan para un mejor producto final, como: "El Derecho como algo conceptual basa su accionar simplemente en los medios promulgados por lo individuos en busca de un fin que dejan precedente que forjan la racionalidad de la norma" (Noemi, 2017).

5. JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Los ordenamientos jurídicos son aquellos que dan forma a los conceptos, categorías de las fuentes del Derechos, de forma técnica y dogmática, ya que elaboran o producen reglas que delimitan las relaciones sociales, pero de la misma manera tiene la potestad de crear nuevas reglas, basado en el principio que el Derecho se adapta a las condiciones en que se aplica, porque las fuentes del Derecho suplen entre sí las falencias del sistema, para poder promulgar justicia equitativa como fin final, y mantenido de esa manera el orden en la sociedad en un tiempo, lugar determinado, y el bienestar en búsqueda de paz, una de las cualidad por la cual el Estado hace uso del Derecho, principalmente para conseguir soluciones eficaces y de confiable aplicación basado en la historia social del grupo humano determinado. La representación del pueblo se encuentra no solamente en el ámbito ejecutivo, sino en el parlamentario que busca aquella justicia social, a base de las necesidades del pueblo, a boca de sus representantes legitimar ese poder que ese cede en su soberanía popular, para poder conseguir un Estado de seguridad, y de libertades plenas. La dominación según Weber es la capacidad de ciertos individuos y grupos de suscitar la obediencia más o menos voluntaria de otras partes de la sociedad. Esta obediencia no es total, está acotada a unos "mandatos" específicos (Weber, 1919).

De forma plena las fuentes del Derecho son normas que han sido constituidas por una sociedad, respecto a un determinado comportamiento que se sigue por costumbre del pueblo, y de los individuos que forman parte para poder legitimar su existencia. En pocas palabras, las personas como un todo son aquellas que legitiman el poder, y sus fuentes reguladoras como en este caso lo es el Derecho. El poder de la gente, la movilización de las masas muestra que tan subestimado está el individuo ante el Estado, y como ese maquillaje judicial, pretende promulgar justicia, pero a título personal. En el mismo sentido se muestra como un sistema creado por hombres no es perfecto y que, aúnque de manera escolástica no tiene nada que envidiar a la justicia que proviene de un poder superior. Así, por ejemplo, dice la Biblia, "...Jehová ejecutará la reclamación legal del afligido, el juicio de los pobres" (Salmo 140:12). Son técnicas diferentes, pero tienen el mismo fin en común, sea el Estado o la religión. De este modo se muestra plenamente como ningún sistema tiene la certeza perfecta, sino simplemente legítima el poder por medio de los individuos que habitan en la sociedad. Caben destacar entonces las palabras de Hobbes, cuando estableció que:

> Estos cuatro elementos son los gérmenes naturales de la religión: la creencia que los espíritus existen, el desconocimiento de causas secundarias, la veneración a todo aquello que produce miedo y la predicción de lo que sucederá en el futuro a partir de situaciones accidentales. (Hobbes, 1651).

El mundo se encuentra en tiempos de avance, pero igualmente de retroceso que de manera simple deshumaniza respecto a lo que importa, pues como la historia, la jurisprudencia deja ver claros precedentes para un mejor actuar de la sociedad, algo que pocas veces se aplica, porque la constante competencia obliga a estar con una armadura de conocimiento, a estar preparado para una apuñalada por la espalda de los individuos más cercano, la crueldad se refleja en los actos egoístas, eso es el mundo simple y llanamente un vacío constante que busca deshumanizar a los seres por el progreso, que cuesta admitirlo, pero se consigue sin medir las consecuencias de los actos.

En la vida cotidiana dichos comportamientos son aplicados como actos de la vida diaria ya sea en el trabajo, centro de estudios o al caminar por la calle. Se precautela el bienestar del individuo al punto de ignorar a las personas de habitan en tu propio medio, para buscar su beneficio sin importar el daño colateral, y promover la actitud de mandatario - mandante, tonto - listo, blanco - negro, al enseñar claramente una sociedad de contrastes, con adoctrinamientos autoimpuestos de sus hogares y promulgados en su diario vivir según Foucault si viviera hasta este momento, se volvería a enterrar respecto al comportamiento de la sociedad porque vería como "la Bíopolítica (Foucalt, 1953)[99] es aplastada por la Tanatopolítica[100]" (Bustelo Graffigna, 2005) no solo estatal sino, individual que busca que el individuo termine con el individuo al salir de esta teoría de juegos el principal actor (El Estado). La humanidad será aquella que acabe con sí misma, la comunidad social solo será un tema de estudio para generaciones futuras, al ser los propios individuos los cuales aprobamos aquel comportamiento deshumanizante.

6. ¿DE DÓNDE VIENE LA JURISPRUDENCIA?

Jurisprudencia viene del latín "*iuris prudentia*", que significa la "respuesta de los prudentes" el cual fue el fundamento del Derecho Ro-

99 Es un concepto que alude a la relación entre la política y la vida.

100 Políticas públicas que buscan la muerte del individuo.

mano Clásico respecto al modo de actuar en un sistema de Derecho. El Derecho Romano se ha extendido por gran parte del mundo, al ser una parte importante en la base de la mayoría de sistemas legales del mundo occidental aplicado en más de 150 países en la actualidad, así también es uno de los principales exponentes de las fuentes formales del Derecho copiladas por Justiniano en el Derecho escrito, a lo cual la jurisprudencia da una forma y un sentido completo.

El predominio del sistema romano-germánico basado en la compilación de códigos de leyes por parte del emperador romano Justiniano por el año 600 A.C, se muestra como un sistema autoritario de códigos legales basado en el recuento de decisiones tomadas por los antepasados, que fueron tomadas como la respuesta prudente hacia los problemas de la época. Actualmente una de las principales diferencias entre el sistema romano y el sistema anglosajón es que el primero se basa en los estatutos codificados.

El sistema anglosajón se remonta a los inicios de la monarquía inglesa con el proceso medieval civil o "*writ*" al ser necesaria la aplicación de justicia para los vasallos de la monarquía, y el pueblo en general. Estos escritos no cubrían en su totalidad todas las posibles situaciones en las que como individuos podrían buscar una solución a determinado conflicto de manera justa, y ecuánime para la mayoría de individuos que formaban parte de los reinos ingleses; existió de esta manera cortes de equidad que fueron establecida con el fin de escuchar, y hacer escuchar quejas, y buscar soluciones bajo los principios de equidad, respecto a la autoridad que definía dicho concepto, algo que para los romanos era conocido como Derecho Natural. El Derecho anglosajón es un Derecho más dinámico basado en precedentes y aplicado en casos actuales con mayor practicidad que el Derecho Romano.

La jurisprudencia se basa en la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, formado en conjunto por un colectivo de sentencias, decisiones judiciales o fallos dictados por los tribunales de justicia de una determinada nación. Además de ser una norma de juicio que sustituye las omisiones o lagunas de ley, y se basa en las prácticas seguidas de casos iguales o parecidos, es por eso que el sistema anglosajón es llamado también jurisprudencial ya que se basa en los precedentes, o en las decisiones previstas anteriormente en la historia.

Un gran ejemplo el de la supremacía de la Constitución en el caso Marbury versus Madison: "En los orígenes de la supremacía consti-

tucional y el control de constitucionalidad, que explicado en breves palabras fue un proceso judicial que ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, y que tuvo una resolución en el años 1803, respecto a la querella política entre Thomas Jefferson y John Adams respecto a las elecciones presidenciales de 1800, y que con un congreso dominado por federalistas establecieron una serie de cargos judiciales. El presidente del tribual del poder judicial John Marshall dictaminó que ya que no existían precedentes., y que la supremacía de la Constitución era más importante que las leyes judiciales que trataba de aprobar el partido federalista americano" (Simpson, 2012).

La jurisprudencia se basa en resolución de conflictos mediante un dictamen, en un época, tiempo determinados, basado en la aplicación práctica de un concepto teórico de justicia ecuánime para todos los individuos, poner la ley en acción, pues la igualdad formal es algo que el Estado absoluto de Derecho era algo aceptado, mediante los deseos, sueños del monarca; pero después de la revolución liberal, el concepto práctico de la ley, de la igualdad de los individuos, los ciudadanos frente al recién creado Estado se muestra como el Derecho se encuentra en el mundo, desde el medio natural hasta el medio escrito o positivizado que regula la conducta social y que antes de la jurisprudencia, existían medios tan comunes, tan familiares como lo son la costumbre, que muestra como varía esta ciencia respecto al conflicto de intereses , y de las relaciones entre los seres. Surge entonces, el *Ubi homo, ibi societas* en el pensamiento aristotélico, ese hombre que por naturaleza busca relacionarse con los demás, que sí existe la sociedad existe el Derecho, porque se fundamenta en las relaciones de dichos seres y los nativos conflictos que de ello surgen.

El hombre que busca ser digno, aúnque existan condiciones predeterminadas para su existencia, en un sistema de capitales humanos, sociales, culturales que muestran una continua competencia entre el individuo, y la sociedad a la que pertenece por el simple hecho de sobrevivir. Se muestra como la evolución se encuentra a la vuelta de la esquina, las condiciones son las mismas y la sobrevivencia del más fuerte se conserva como la principal fuente de pensamiento actual, ya que la ley basa su accionar para separar a las clases que existen las sociedad desde aquel ser humano que puso la primera cerca, o concedió algo como de su propiedad se expone como nació la brecha social que jamás llegará a cerrarse por más que la ley contemple hacerlo , todo quedará en una igualdad formal que no llevará a ningún lado. Desde la época en que la fuerza dominaba al individuo, hasta la actual en la que el intelecto su-

pera cualquier otro ámbito se muestra como el Derecho trata de hacer un acto jurídico, cada hecho de nuestra vida, clasificándolo en una determinada categoría, que da a notar como simplemente ser controlados en sistemas complejos de organización política, social, cultura como: “En la naturaleza del hombre se encuentran tres causas principales de querella: la competencia, la difidencia y la gloria”. (Hobbes, 1651)

La vida como tal se define como el cúmulo de vigilancias, o un Panóptico según Michael Foucault diario en el que se mantiene una constante vigilancia, pero no somos conscientes de ellos, al crecer con falsas libertades, que no siempre son reconocidas como cualidades inherentes del ser humano, sin Derechos que una institución se encarga de aprobar, precautelar. Por ejemplo, el Estado de Derecho busca precautelar el gobierno del pueblo, a lo que la República se define como la sumisión del individuo al Imperio de la ley. Se va a notar que si un líder quiere durar durante el tiempo, o una cultura quiere llegar a promulgarse debe crear instituciones que son simplemente reguladores de la sociedad, para su propio bienestar y que ayudan de alguna u otra forma a la organización, para que no exista *Aquila non capit muscas*[101]. Pero, nunca existe algo menos importante, porque las grandes mayorías y las grandes minorías forman un núcleo vital en la sociedad, ya que dan esa diversidad que existe de manera natural; no obstante, que de una u otra forma se separa de la unión que debemos tener como individuos.

Así, por ejemplo, la Revolución Liberal (1789) dio a conocer como el individuo por sus propias cualidades, puede surgir de un determinado sector a otro, al buscar el poder que tan escaso se encuentra, y en pocas manos es repartido para sí mismo, la supervivencia del ser es la base primordial del pensamiento humano. La ley como norma se creó para regular el comportamiento de los seres, que sus intereses no tengan conflicto con los de los demás. Así, por ejemplo, con la expresión “Es mejor ser temido, que amado”, Niccolo Machiavelli, este gran politólogo en su obra “El Príncipe”, mostró como el poder puede ser un instrumento bello, pero difícil de manipular.

Es así que la propia política se muestra como un medio en el que el pueblo legitimó el poder, ese *imperium* a un individuo antes llamado monarca, representante, actualmente presidente, o antes emperador, ya que el poder radica en la sabiduría del pueblo, y no de la nación.

101 El águila no come moscas.

Por consiguiente, al mostrar breves rasgos del papel del ser humano es relevante, respecto a su representación colectiva, sea por los medios que sea el hombre siempre ha buscado la dependencia del otro, ya que facilita el trabajo que se va a realizar si existe otro ser que lo realice de mejor manera, y el otro individuo no tenga que realizar esfuerzo alguno. Este esquema expone como la situación predestinada de cada ser era vivir, como sus antepasados lo hicieron, sin hacer un mísero esfuerzo por progresar en búsqueda de:

> El bienestar individual es una criatura humana, igual como todos los demás que busca que las condiciones preestablecidas se mantengan, y los recursos se queden en las manos de unos pocos, al promulgar el subdesarrollo del ser humano a sus condiciones más precarias. (Córdova, 2014)
>
> El progreso, es una cualidad inherente del ser humano, que se encuentra en búsqueda perpetua de supervivencia, que depende ampliamente de aquello que esté dispuesto a sacrificar por un bienestar superior, pensar *a priori* para poder conseguir algo a posteriori. Así pues, cabe destacar que "El Estado de Naturaleza define a como a la sociedad busca dicha supervivencia individual, o el hombre es el lobo del mismo hombre" (Hobbes, 1651); pero, principalmente la hermeticidad del acuerdo que nunca podrá romperse respecto a la sociedad que busca ceder Derechos en pro de seguridad, bienestar y el Estado de sociedad que el propio poder es legitimado para la toma de decisiones en voz del Estado de bienestar que precautela garantizar aquellos Derechos que afecten al colectivo.
>
> El individuo al no tener un papel relevante, y ser una pieza de la maquinaria del sistema al indicar como la "ley protege a ricos de pobres" (Proverbio francés), y como la justicia llega a ser un sistema costoso de legitimar Derechos, respecto a la relación género-especie existen seres que valen más para el llamado "Estado o Leviatán es el mismo órgano estatal el encargado de promulgar facultades que no le pertenecen" (Correia, 2017), para mantener esa membresía de nacionalidad hacia un determinado ciudadano que pertenece a un Estado.

Después de este trasfondo se busca explicar cómo, en la toma de decisiones y posterior jurisprudencia existe una relación de desventaja entre el ciudadano, y el sistema judicial porque el mismo, por simple

ósmosis obedece al aparataje ejecutivo para que la mayoría de decisiones judiciales, doctrina jurisprudencial beneficie al Estado que pertenece como máximo precursor de Derechos y de garantías con los ciudadanos. No obstante, igualmente existen jueces que desempeñan sus funciones como agentes imparciales que fundamentan sus dictámenes en pruebas, testimonios y un debido proceso, que debe obedecerse para que así dicha potestad que se les otorga no sea contaminada con el fantasma de la corrupción, que acosa a las principales esferas de poder.

7. JURISPRUDENCIA EN EL ECUADOR

En el Ecuador hay una condición para que exista jurisprudencia obligatoria respecto al fallo de triple reiteración en un fallo de casación, que muestra un precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación de leyes, excepto para la Corte Nacional. De la misma manera el Pleno de la Corte Superior puede promulgar resoluciones obligatorias sobre puntos de Derecho contradictorios de cortes superiores y tribunales, aúnque no exista la figura de casación, el artículo 19 de la actual Ley de Casación, estipula que

> Todas las sentencias de casación serán obli¬gatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la ley, sin perjuicio que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia, y establece dos formas de resoluciones obligatorias. (Ley de Casación, 2012)

8. JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Actualmente, el desarrollo de la jurisprudencia obligatoria a base de los fallos de triple reiteración tiene rango constitucional porque así lo determina el numeral 2 del art. 184 de la Constitución de este país. La jurisprudencia obligatoria debe aprobarse en el pleno de la Corte Nacional de Justicia, en la forma establecida en el Código Orgánico de la Función Judicial, y tiene efecto erga omnes, por lo que obliga también a la Corte Nacional, a diferencia de los fallos de triple reiteración de la Ley de Casación.

El art. 182 del Código Orgánico mencionado establece que las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de Derecho, obligarán a remitir los fallos al pleno de la Corte para que este delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria (García Falconí, J., 2013).

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial conten¬drá únicamente el punto de Derecho respecto del cual se produjo la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial para que tenga efecto generalmente obligatorio, en aplicación del principio de publicidad, porque los fallos obligatorios tienen carácter normativo. Por mala experiencia en otros países debe tenerse especial cuidado en no formar un interminable índice de "puntos de derecho" (Aguirre Castro, 2012) referidos a la triple reiteración, sino hacerlo únicamente en los casos necesarios.

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá aprobarse de forma unánime por la sala, lo cual se debe poner de inmediato en conocimiento del pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se cambió, o si se trata de una cuestión nueva que no esté comprendida en dicho precedente. "Por disposición de este mismo Código, la Corte Nacional creó el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, que se encarga de estudiar y sistematizar los fallos que dictan las salas de este tribunal supremo" (Ulloa, 2016).

9. CONCLUSIONES

El desarrollo del conocimiento, es por defecto, producto de la suma de métodos que devienen en técnicas, que permiten obtener mejores resultados, que de forma aislada. Así entonces, al emplear el método inductivo junto con el deductivo, se puede observar el panorama completo de un conflicto y, en relación con los antes mencionado, calcular el mayor número posible de variables.

Esta forma de entender al Derecho, mediante la creación de nuevas fórmulas, es la que precisamente da como resultado, decisiones que, si bien son racionales, pueden parecer ilógicas, pues como se describió, la verdad a la que debe llegar un juez es la verdad procesal, aún cuando esta no guarde el mismo grado de relación que la verdad real frente a los hechos. Y es ahí donde el juez debe expresar toda su capacidad para observar y valorar las pruebas que sean presentadas en juicio.

Se puede concluir que existen conceptos bases lógicos, acerca del conceptualismo del razonamiento argumentativo en la toma de decisiones los cuales promueven los principios de claridad, consistencia conceptual, consistencia normativa, saturación o razón suficiente para poder exponer de manera clara como el razonamiento es el preciso para resolver la situación que se le presente al agente, en relación con otro agente o un principal. "Respecto a que ambos han sido sujetos de cambio pro parte del Derecho y de la Sociedad" (Gobbi, 2017) y que de la misma manera ambos son usados por la lógica para una expresión de ley en su concepto más puro, el cual es ser clara en la teoría para poder aplicarse a la práctica de manera correcta y sin malentendidos.

El primer argumento por cual el conceptualismo ocupa el mismo lugar que la practicidad, explica como "existe una base normativa eficiente en los procesos judiciales" (Ávalos Tenorio, 2017), mediante el análisis de enunciados normativos que justifican la toma de decisiones para llegar a una conclusión final; con las premisas respectivas, al mostrar los argumentos a favor que la racionalidad es la columna vertebral del criterio, la deóntica expuesta por los operadores del Derecho para exponer su toma racional de decisiones, que muestra la complejidad de este proceso del cual los ciudadanos somos parte, aúnque no todos estamos informados al respecto.

Del mismo modo, el uso de la lógica en la toma de decisiones judiciales y creación de jurisprudencia, muestra como existe una relación intrínseca de poder entre los órganos del poder estatal, ya que el ciudadano se encuentra en una situación de desventaja respecto a la toma de decisiones del aparataje estatal. La búsqueda del bienestar, de la paz, que promueve el Estado lleva al ciudadano a condiciones desesperantes que nada más buscan minimizarlo a una cifra más sin relevancia, para ignorar Derechos inherentes del ser humano de su Derecho natural, que han sido construidos con el sudor de nuestros antepasados aquellos que forjaron la historia y lucharon para que existan actualmente varias generaciones de Derechos.

Para finalizar, cabe reflexionar como la búsqueda de justicia social ha llevado al hombre a sublevarse de los sistemas ulteriores, aúnque el sistema este plagado de fallas, de errores judiciales, el ciudadano ignorara su bienestar por aceptar el bienestar de la comunidad, el interés superior tan hablado estos años. Entonces, se observa que las minorías por lo general no tienen voz, no son sectores importantes y no tienen voto.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguirre Castro, P. (2012). Correcta Argumentación Jurídica. UNAM *Revista de Análisis Jurídico*, 4(1). 36-39.

Amado, J. A. G. (1999). Retórica, argumentación y Derecho. *Revista Isegoría*.

Ávalos Tenorio, G. (2017). *Actualidad del concepto de Estado de Hegel*, [online] Scielo.org.mx. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952010000300001 [Recuperado el 30 jul. 2017].

Ballvé, F. (1988). La metodología en Economía. *Revista Libertas V*, Instituto Universitario ESEADE.

Bermejo, L. L. (2012). ¿Por qué argumentar y por qué hacerlo bien? *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política,* Instituto de Filosofía del CSIC.

Bordalí, S. A. (2009). El Derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Bustelo Graffigna, E. (2005). *Infancia en indefensión. Salud Colectiva*, [online] 1(3). 253. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652005000300002 [Recuperado el 29 jul. 2017].

Córdova, H. (2014). Los problemas de la argumentación jurídica en el Estado Constitucional. *Revista Derecho Ecuador,* 56(2). 2-5

Correia, M. (2017). *La actualidad de la lógica de Aristóteles*. [online] Scielo.mx. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602006000100009 [Recuperado el 23 jul. 2017].

Cruz, C. y Luis, H. (2010). Razón, racionalidad y razonabilidad: ¿qué los identifica y diferencia? *Revista JusLaboris*, Tribunal Superior do Trabalho.

De la Oliva, S.A. (2008) Proceso civil, hacia una nueva justicia civil. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca.

Dun, F. V. (2009). *The Logic of Law*. Libertarian Papers, 36. Recuperado el 23 de 04 de 2017, de http://www.stephankinsella.com/2009/08/the-logic-of-law-by-frank-van-dun-libertarian-papers-vol-1-2009-art-no-36/

Enterría, E. G. (1984). Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional.*

Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista Jueces para la Democracia,* Universidad de Girona.

Flores, A. S. (2004). La Verdad Procesal. *Revista Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana de México.

García Falconí, J. (2013). Motivación de Resoluciones Públicas y Debido Proceso. *Revista Jurídica Ecuador*, 42(1). 22-23.

Gobbi, V. (2017). *El nacimiento del Estado,* [online] Scielo.org.ar. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96012004000100015 [Recuperado el 14 jul. 2017].

Godo, J. M. (2009). Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú. *Revista de Derecho PUCP* Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gómez Gallego, J. (2015). La prueba indiciaria y su manejo jurisprudencial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*.

Insignares Cera, S. y Viridiana Molinares, H. (2011). La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. *Revista de Derecho Universidad del Norte,* [online] 47(2). 3-5. Disponible en at: http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a09.pdf [Recuperado 29 jul. 2017].

Martínez Barrera, J. (2017). *Génesis teórica del Estado,* [online] Scielo.org.ar. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2008000100007 [Recuperado 31 jul. 2017].

Noemi, C. (2017). Competencia argumentativa psicosocial: esquemas, estructura y tipos de argumentos en estudiantes universitarios chilenos. *Revista Lenguaje Colombia,* 16.

Pascual, G.D. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública.*

Ponce De León, L.A. (2002) La metodología de la investigación científica del Derecho. *Revista de la facultad de Derecho de México,* UNAM.

Regla, J.A. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Revista Isegoría.*

Rothbard, M. N. (2011). *Economic controversies*. Ludwig von Mises Institute.

Sánchez V.P (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima

Sánchez, J. M. S. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho real. *Revista InDret.*

Simpson, B. (2012). *The United States and the Curious History of Self-Determination.* Diplomatic History, [online] 36(4). 675-694. Disponible en: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-7709.2012.01049.x/abstract [Recuperado el 29 jul. 2017].

Ulloa Ulloa, A. (2016). Argumentación jurídica y verdad procesal. *Revista Derecho Ecuador*, diario La Hora, 32(3). 2-6.

Verdezoto Noboa, A. (2009). Análisis Económico del Derecho. *Revista Derecho, debates & personas Panamá*, 3(2). 25-27.

Zanotti, G. J. (2010). La filosofía política de Ludwig von Mises. *Revista europea de Economía política Universidad Rey Juan Carlos.*

Recibido: 04/08/2017

Aceptado: 24/11/2017

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD: Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (PhD.). Docente titular de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Correo electrónico: SFIGUERA424@puce.edu.ec

El Procedimiento Abreviado como una forma de Descongestión del Sistema Judicial Penal

The Abbreviated Procedure as a form of Disqualification of the Criminal Judicial System

Dr. Guillermo Enríquez Burbano
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 195-231, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la presente investigación aborda un estudio claro y conciso en el cual se manifiestan las falencias existentes en el sistema penal ecuatoriano con respecto al procedimiento abreviado, destacándose como un instrumento de agilización y de defensa social a través del cual, se logra una resolución efectiva del conflicto. Es de destacar que el procedimiento abreviado en Ecuador posibilita materializar un causa eficiente, eficaz y efectiva, logrando al mismo tiempo una reactivación del aparato punitivo del Estado, el cual, actualmente es víctima del colapso de la administración de la justicia penal, tomándose en cuenta que la mayoría de casos son ventilados en procedimientos ordinarios, los cuales demandan tiempo, recursos y personal limitados. Por otra parte, el procedimiento abreviado solidifica el proceso de autonomía de la voluntad o del consenso en la resolución de conflictos jurídico penales, logrando en común acuerdo imponer la pena al procesado.

PALABRAS CLAVES: justicia, debido proceso, procedimiento abreviado, proceso penal, congestión, disputa legal.

ABSTRACT: the current research is a clear and concise study with failures of the Ecuadorian penal system in respect to the abbreviated proceeding, that is a speed-up instrument and social defense, through which an effective resolution of the conflict is got. The abbreviated proceeding in Ecuador made possible getting an efficient and effective process, with a reactivation of the State punishment apparatus, which currently is a victim of the penal justice collapse, taking into account that out of cases managed in ordinary procedures, which takes time, resources and personnel, restrained nowadays. On the other hand,

abbreviated proceeding consolidates the autonomy process of the will or consensus in the resolution of juridical-penal conflicts, and penalty is imposed in common agreement.

KEY WORDS: justice, due process, abbreviated procedure, penal process, crowding, legal dispute.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los índices de seguridad ciudadana se han visto afectados por el incremento de manifestaciones delictivas, las cuales no existían en el siglo pasado, incorporándose nuevas modalidades como el secuestro extorsivo y el sicariato, elementos que han hecho patente la pujanza del hampa en la sociedad ecuatoriana.

Casal (2011), en su obra "Acceso a la Justicia", explica que la seguridad debe entenderse como la situación en la que el Estado y la sociedad se encuentren protegidos frente a amenazas o riesgos susceptibles de afectar el desarrollo integral y el bienestar de sus ciudadanos, así como el libre ejercicio de sus Derechos y libertades en un contexto de plena vigencia democrática, con miras a alcanzar el buen vivir.

En tal sentido, el Estado y las instituciones han adoptado una serie de decisiones que buscan establecer un espacio de seguridad para el ciudadano en cuyos instrumentos se señala la necesidad de diseñar y establecer sistemas de información que permitan conocer, sobre la base de la evidencia, las distintas manifestaciones que afectan la seguridad del país.

Con estos argumentos se debe adoptar un programa de armonización sobre seguridad como un medio concreto para evaluar y monitorear el progreso de las políticas y sustentar nuevas iniciativas en el ámbito de la seguridad que permita visualizar no solo una situación en el tiempo, sino una tendencia que sustente una definición y acción política sobre el particular.

García (2012), en la obra "Realidad Jurídica y Penal de Suramérica", explica que la violencia abarca una amplia variedad de fenómenos y manifestaciones; con múltiples formas, escenarios, víctimas y victimarios de la violencia, así como debates en torno a su complejidad, multicausalidad, corresponsabilidad y erradicación. Es entonces la

violencia una acción intencional del uso de la fuerza o el poder, por la cual una o más personas producen daño físico, mental, psicológico, sexual o en su libertad de movimiento o muerte a otras personas, o a sí mismas, con un fin predeterminado que tiene tres componentes básicos: a) la intencionalidad del uso de la fuerza o poder; b) la generación de un daño; c) el fin perseguido, en el que subyace el ejercicio de alguna forma de poder, bien sea en el ámbito del hogar, del público o del grupo.

Dávila (2010), en el texto "La acción de la defensoría pública" manifiesta: "Las organizaciones criminales alcanzan su plena madurez cuando son capaces de realizar delitos impunemente y mantener un Estado de zozobra y preocupación constante en todos los niveles de la sociedad" (p. 37). La inseguridad en el país tanto pública y la inseguridad privada, afectan de una u otra manera e intensidad, la vida cotidiana en las ciudades y pueblos con cifras muy alarmantes.

Las sociedades latinoamericanas desde mediados del siglo pasado se han caracterizado por el incremento de la violencia y actividades delictivas destacándose entre los delitos menores como flagelos de la violencia que con mayor incidencia afecta a todos los estratos de la sociedad latinoamericana al punto que uno de cada cinco latinoamericanos cuyas edades oscilan entre 15 a 40 años ha sido víctima de diversos delitos.

Se debe destacar que el sistema judicial actual de una forma tradicional e histórica se manifiesta como ineficiente en la resolución de los delitos menores, a los cuales no presta la atención requerida y le resta importancia, considerándolos delitos de segunda categoría, como consecuencia de la saturación existente en el sistema judicial, es imposible dedicar suficientes esfuerzos y recursos a la resolución de una problemática que por su reincidencia destaca como un fenómeno cultural e histórico.

También debe tomarse en cuenta que la regulación legal existente en la actualidad que abarca los delitos menores se destaca por la tolerancia en sus decisiones las cuales se revelan como ineficaces, tales elementos han provocado una actitud en la sociedad que se traduce en desconfianza total en la resolución efectiva de los delitos sin lograrse una reparación integral de las víctimas, existiendo una insatisfacción social.

En el Ecuador los delitos contra la propiedad y las personas son un fenómeno que se produce en contextos urbanos. Respecto a este punto es necesario considerar que, en cierta medida, se hace evidente que el problema de los delitos contra la propiedad y las personas, presentan características de un fenómeno que se acentúa en los estratos sociales menos favorecidos, los cuales son víctimas de las desigualdades sociales y de un sistema judicial incapaz de brindar una resolución eficaz y expedita.

Binder (2010), en el texto "El incumplimiento de las normas procesales", señala que la inseguridad ciudadana producto de la violencia y la criminalidad es un tema prioritario por ser este uno de los aspectos que más afecta la calidad de vida y el bienestar de la población. Es por esto que en el año 2009 fue creada la Secretaría General de Seguridad y Gobernabilidad en el Distrito Metropolitano de Quito, para implementar políticas de seguridad, prevención de la violencia e inseguridad ciudadana, asistencia técnica y fortalecimiento organizacional.

La violencia urbana en la provincia de Pichincha, en los últimos años ha adquirido un protagonismo espantoso en el escenario de las urbes tradicionalmente reconocidas como son Quito, Sangolquí, Cumbayá, Tumbaco y otras zonas aledañas; es urbana porque sucede dentro de la delimitación de las ciudades y área pobladas, tomando en cuenta el crecimiento demográfico de la provincia, en las ciudades aparecen como la cuna que engendra las peores patologías de la criminalidad ya que en los últimos años y meses se han visto alarmantes realidades sobre crímenes asaltos a personas con la respectiva consecuencia de muerte. Actualmente, la mayoría de la población de la provincia es urbana, esto ha generado un carácter violento por la desigualdad social, segregación espacial, lucha por la sobrevivencia en la pobreza, falta de planeación, ineptitud y autoritarismo de los poderes tanto políticos como económicos.

Pérez (2013), señala que se han incrementado los delitos y por consecuencia las causas a ser solventadas por un sistema judicial actualmente congestionado, situación que agrava las falencias dentro del sistema y profundiza la necesidad de aplicar herramientas legales que agilicen los procesos y permitan un mejor uso de recursos económicos y humanos.

El incremento de las causas en hasta un 50% según los datos aportados por el Sistema Nacional de Justicia, se debe en gran medida a la utilización de recursos legales que prolongan el proceso y que incurren en un gasto excesivo para el Estado en virtud de aportar los recursos necesarios para sufragar los sueldos de empleados públicos, centros penitenciarios, traslados, inmuebles, entre otros, los cuales han hecho del sistema judicial nacional una pesada carga a ser solventada por el erario público.

También es de señalar que los centros penitenciarios a nivel nacional poseen una sobrepoblación de hasta un 40% por encima de tales instalaciones según los últimos datos aportados por el Ministerio del Interior, como resultado del uso indiscriminado de medidas cautelares, situación que no favorece la descongestión del sistema de justicia, e incrementa los gastos del Estado para satisfacer las necesidades de una población carcelaria en incremento. Se evidencia también un bajo índice de resolución de conflictos legales alcanzando una eficiencia de un 40% en resolución de la totalidad de los casos ingresados como consecuencia de la utilización desmedida del método ordinario de resolución de conflictos.

Entre las causas que se destacan como factores de congestión del sistema judicial ecuatoriano se hace evidente la existencia de un sistema judicial que rechaza la utilización de medios alternativos para impartir justicia enfocándose solamente en los medios de justicia tradicionales, es decir llevando a cabo prácticas procesales ordinarias en materia penal. También se debe destacar que al mantenerse el sistema judicial en una situación en la que no se desarrolla, se ve afectada la correcta aplicación de la normativa legal existente.

Los elementos anteriormente expuestos entre los que se destaca la inutilización de prácticas procesales alternativas que permitan impartir justicia de forma expedita, efectiva y con el máximo ahorro de recursos humanos y materiales para el sistema judicial incurriendo en su lugar en la utilización de prácticas procesales ordinarias trae como consecuencia la insuficiente e inadecuada aplicación de la norma jurídica penal, así como la pérdida de credibilidad en el sistema legal.

Asimismo, al no aplicarse procesos de resolución de conflictos penales alternativos, se lleva a cabo un excesivo uso del procedimiento ordinario, único medio de impartir justicia conocido por los funcionarios y abogados en libre ejercicio de la profesión y defensores

públicos, elementos que atentan contra la imprescindible actualización que deben asumir los profesionales del Derecho para garantizar la calidad y dinamización legal demandada.

1. LA CONGESTIÓN JUDICIAL EN ECUADOR

El sistema judicial ecuatoriano a pesar de ser uno de los más desarrollados de América del Sur, adolece de mecanismos judiciales alternativos que permitan impartir justicia de forma expedita, logrando un ahorro sustancial de recursos económicos y humanos de modo que el sistema judicial no se convierta en una carga económica para el Estado.

Cabezas (2012), explica que la reiteración en la utilización de métodos ordinarios para impartir justicia se revela como la causa fundamental de la prolongación desmedida de los procesos judiciales, así como los elevados costes económicos tanto para el Estado como para particulares. Además, debe señalarse que como consecuencia de la lentitud en la resolución de conflictos judiciales se hace un sobre uso de medidas cautelares, situación que se traduce en el incremento de la población penitenciaria y por ende en mayores gastos materiales y humanos para el sistema judicial penal.

La inaceptación y resistencia ante la puesta en marcha de mecanismos alternativos para agilizar la resolución de conflictos judiciales por parte de los abogados en libre ejercicio de la profesión, defensores públicos y servidores públicos constituyen el principal escollo a ser superado para lograr implementar tales mecanismos de resolución de conflictos judiciales.

También debe tomarse en cuenta la inexistencia de programas de capacitación periódicos dirigidos a abogados en libre ejercicio de la profesión, defensores públicos y funcionarios públicos del sistema judicial penal en los que se propicie el conocimiento y desarrollo de habilidades, concernientes a mecanismos de resolución de conflictos judiciales de forma abreviada y con una utilización óptima de los recursos materiales y humanos a disposición del sistema judicial penal.

La falta de capacitación a los actores del sistema judicial, tomando en consideración que no solo son los jueces y magistrados los que juegan un papel preponderante, sino que deben constar los abogados como

litigantes y promotores hacia una justicia transparente, esto implica que no deben existir sesgo judicial.

Demostrando imparcialidad, sin embargo, se tiene una alta carga de complejidad en la decisión al valorar a la víctima y al infractor, toda vez que los dos son seres humanos, cada uno ubicado desde su posición, además de una clara identificación de discriminación de las víctimas ante el sistema social y judicial, ya sea debido a su nacionalidad, etnia, condición social, afinidad política, religiosa.

La insuficiente capacitación y conocimientos desde el punto de vista judicial de los funcionarios, la parcialidad de los jueces, así como la falta de decisión legal efectiva que afecte tanto a la víctima y al infractor, lo cual provoca una deficiente aplicación de las normas legales en los procesos judiciales, situación que se traduce en la insatisfacción de las víctimas por las decisiones legales tomadas, elementos que provocan una falta de credibilidad en la justicia e incremento de la impunidad por lo que se multiplican los hechos delictivos.

Tales elementos provocan una pérdida de credibilidad en un sistema que debe ser igualitario para todos sus ciudadanos recalcándose el descontento social por la actitud de ciertas autoridades policiales y legales las cuales facilitan y agilizan las medidas de protección hacia las víctimas. Asimismo, son de destacar los vicios y deficiencias que aún persisten en el sistema judicial, lo que proporciona una imagen negativa del mismo a la opinión pública lo cual provoca falta de credibilidad y debilitamiento institucional.

2. RAZONES ATRIBUIBLES A LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO

El incremento y desarrollo de las organizaciones delictivas que actúan tanto a nivel nacional como internacional es una problemática actual que ha traído como consecuencia que actividades ilícitas tales como el narcotráfico, prostitución, tráfico de armas y trata de personas, hayan encontrado en los países latinoamericanos el espacio que les permite transformar sus ingresos ilícitos en dinero legalmente reconocido ante las leyes y la sociedad.

García (2011), señala que otra de las causas que hacen de las Economías latinoamericanas blancos fáciles del crimen organizado para

transformar sus ingresos ilícitos en lícitos son las facilidades de inversión de las Economías latinoamericanas generalmente subdesarrolladas, las cuales buscan inversionistas que permitan desplegar su comercio y progreso económico. Son de señalar que la existencia de legislaciones deficientes, vetustas y en muchos casos sin actualizaciones que se ajusten a las expectativas y necesidades de la justicia actual facilita la acción de profesionales inescrupulosos que brindan sus servicios al crimen organizado transformando el dinero proveniente de sus delitos en dinero lícito.

2.1. Causas de congestión atribuibles a la administración de justicia

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, encontramos que la referida congestión en la administración de justicia obedece a que, a pesar de estar contemplada en la Constitución Política en el contexto de Derechos tanto para los ecuatorianos, así como para los extranjeros residentes o transeúntes en el país, y debido al poco tiempo transcurrido de su promulgación de las normas aplicables, además del poco interés de los actores hacia su conocimiento, debido a la poca cultura de los participantes del sistema en cuanto a mantener actualizado su conocimiento, no hacen uso de medios alternativos judiciales abreviados.

Gaviria (2010), explica que las antiguas formas de aplicar la norma jurídica, por aún contar con un sistema judicial viciado con prácticas procesales en materia penal tradicionales, en las que han primado oscuros y alarmantes niveles de corrupción en la aplicación de la normativa en el sistema, además de la lentitud de la administración de justicia, al saber que una justicia que llega tarde ha dejado de ser justicia, y son muchos los casos de víctimas que han dejado a la justicia divina su reparación desconfiando por sobre manera de la justicia como una institución creíble.

Tal situación se traduce en la vulneración de los Derechos de las víctimas en especial las de homicidio, produciéndose constantes violaciones de los Derechos humanos que dejan entrever un sistema judicial ineficiente, el cual no suple las necesidades de los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos, pues los mecanismos de reparación integral del delito de homicidio son ineficaces, así como la protección a las víctimas de tal hecho punible.

En la actualidad persisten los procesos prolongados, en los que la administración de justicia se imparte con extrema lentitud, situación debida en gran medida a la sobrecarga de trabajo, así como estructuras anacrónicas del sistema judicial, siendo la desactualización en normas jurídicas recientes por parte de los funcionarios de dicha institución es uno de los elementos que tiende a dilatar los procesos.

Tal situación se traduce en el represamiento de causas, situación que influye negativamente en la institucionalidad de la función judicial disminuyendo notablemente la efectividad de tal órgano legal, por lo que actualmente impera un descontento social hacia la estructura y funcionamiento del sistema judicial ecuatoriano.

2.2. Los litigantes como causantes de la congestión

La utilización de resolución de conflictos judiciales en Ecuador, se dirige básicamente a procesos ordinarios en los que no se aplica ninguna herramienta legal alternativa que propicie una resolución rápida y efectiva de los conflictos, es frecuente que los litigantes empleen prolongados períodos en la resolución de tales hechos.

Cabe destacar la tendencia a prolongar los procesos judiciales por parte de los litigantes, como elemento que garantiza una mayor ganancia económica en detrimento de los intereses de las partes en conflicto y del sistema judicial, el cual debe destinar amplios recursos humanos y materiales para solventar dichos procesos.

Tales circunstancias atentan contra la resolución rápida y efectiva de los procesos judiciales evidenciándose una amplia variedad de casos sin resolución, situación que afecta la credibilidad en el sistema judicial ecuatoriano y su capacidad de brindar una justicia expedita, equitativa y accesible a todos los ciudadanos.

2.3. Congestión en la jurisdicción ordinaria

La realidad social actual del Ecuador, con su desarrollo, ha generado nuevas conductas delictivas que han invadido todos los espacios sociales y que ya no distinguen a sus víctimas si son mayores, ancianos, o niños. Los objetivos de la violencia cada vez hacen menos diferencias, lo que posiblemente la vuelva más cruel que antes.

Los costos sociales, psicológicos, morales y económicos de la violencia son incalculables, existen daños materiales que podrían ser sujeto de cálculo, pero existen infinitos daños morales que pertenecen a la subjetividad y que rebasan toda posibilidad de medición. América Latina a partir de la década del 60 del siglo pasado se transformó en forma gradual en un terreno fértil para bandas delictivas, grupos o asociaciones criminales como consecuencia de un conjunto de factores económicos, políticos y sociales que lesionaron la institución familiar, el respeto a la ley y como consecuencia transformaron las sociedades en ambientes violentos, la pobreza fue la génesis de la marginalidad y delincuencia, apareciendo en muchos países latinoamericanos el robo agravado, acción que en el pasado solo era atribuible a piratas y salteadores de caminos.

Larrea (2011), señala que no es posible medir los costos de la inseguridad únicamente desde una perspectiva monetaria pues existen otras que no pasan por ese orden sino por el de las subjetividades que no tienen valor como, por ejemplo: la muerte del papá, proveedor doméstico y social, o la muerte de un niño cuya desaparición producirá heridas que desordenarán la vida de todos los miembros de su familia.

Ante el conflicto del tema, es necesario un modelo de control social que se base en los principios democráticos y en el respeto a los Derechos, modelos alternativos que den la cara al problema de manera directa y que, al mismo tiempo, creen estrategias destinadas a mejorar las condiciones de vida de los desfavorecidos, modelos plurales que enfrenten las desigualdades sociales, causas primarias de los desórdenes y las violencias. Entre las múltiples preocupaciones ciudadanas, la violencia constituye quizás la más importante.

De hecho, las investigaciones de opinión que se realizan a diario en las pequeñas y grandes ciudades dan cuenta de un creciente temor que invade a la población de todas las condiciones, aúnque sea más evidente en los estratos populares, los homicidios, robos, asaltos y muchas otras formas de agresión forman parte de la vida cotidiana.

El equilibrio psicológico de la persona depende en gran medida del núcleo familiar en el que se desenvuelve y el entorno social aúnque no debe obviarse el elemento genético hereditario que si bien no es definitorio crea una predisposición en el individuo, por lo que se puede constatar que aquellos individuos que se desarrollan en ambientes delictivos, violentos y son hijos de infractores poseen una amplia po-

sibilidad de cometer crímenes, mientras que aquellos individuos que se desenvuelven en un ambiente familiar y social sano incluso si son hijos de infractores presentan pocas posibilidades de delinquir.

Spino (2011), explica que la violencia intrafamiliar se ha incrementado en las últimas décadas como consecuencia de un conjunto de factores entre los que destaca la migración, la liberación sexual de la mujer, la lucha por los Derechos e igualdad de la mujer, entre otros elementos que han acrecentado las actitudes machistas y discriminatorias; también debe destacarse el factor cultural, el cual refuerza el pensamiento e idea de la superioridad del hombre sobre la mujer en todos los sentidos.

Cada día la mujer ecuatoriana gana mayores espacios en la productividad, Economía y ciencia del Ecuador no existiendo una actitud acorde por parte de la sociedad en general ante la emancipación de la mujer, la cual es reconocida desde el punto de vista económico, productivo y científico, pero se le relega a un segundo plano dentro de la familia limitando su accionar solamente a la crianza de los hijos y mantenimiento del hogar.

2.4. Congestión penal

El sistema penal se revela como el mecanismo de control social capaz de regular las actividades y manifestaciones sociales observando la legalidad existente y garantizando la accesibilidad de todos los ciudadanos a una justicia efectiva y expedita que aborde de forma igualitaria los Derechos y necesidades de sus ciudadanos.

Es de destacar que el sistema penal ecuatoriano adolece de recursos y personal en cantidades suficientes para lograr una resolución efectiva y expedita de los conflictos penales, haciendo uso solamente de recursos legales ordinarios caracterizado por su lentitud.

La inutilización de herramientas legales alternativas dentro del sistema penal ecuatoriano prolonga la resolución de conflictos y exigen una mayor utilización de recursos humanos y materiales.

Es de destacar que en el año 2014 ingresaron 135.340 casos al sistema judicial penal ecuatoriano, de los cuales el 20% fue solucionado de forma expedita a través de los medios ordinarios de justicia, evi-

denciándose una congestión de un 80% de los casos, en la mayoría se aplicaron medidas cautelares como la prisión preventiva.

De acuerdo con la información entregada por la Corte Nacional de Justicia en su informe de rendición de cuentas del año 2016, en el año 2015 ingresaron 294.480 casos penales, de los cuales el 25% se solucionaron mediante el uso de métodos ordinarios de justicia, persistiendo una congestión de un 75%, situación que se agrava en el año 2016 con 354.818 casos, de los cuales solo el 23% fue solucionado por el uso de los métodos ordinarios de justicia, observándose un 77% de congestión en el sistema judicial penal ecuatoriano.

Tal situación revela las falencias del sistema judicial ecuatoriano al no hacerse uso de métodos alternativos de justicia que incidan positivamente en la descongestión del sistema y eleven la calidad del mismo posibilitando una justicia efectiva, eficaz y expedita con la utilización óptima de los recursos materiales y humanos a disposición del sistema judicial penal.

2.5. El procedimiento abreviado

Binder (2010), explica que el procedimiento abreviado que contempla el Código Orgánico Integral Penal, tiene su origen en varias legislaciones latinoamericanas que se ha visto en la necesidad de incorporar nuevas alternativas para la solución de los conflictos penales. Estas legislaciones han buscado adoptar un sistema distinto al tradicional inquisitivo, y han encontrado en el sistema oral, una alternativa para dar un nuevo tratamiento criminal a las causas.

El sistema oral tiene su mayor representación en el sistema penal norteamericano, el mismo que ha sido considerado por los legisladores de varios países como un modelo a seguir, tomando en cuenta la rapidez con la que culminan los procesos penales con mejores resultados que el sistema anterior respecto de las víctimas y por el ahorro de recursos que ello podría generar. A pesar de lo dicho, no es posible adaptar todo un sistema penal a una realidad distinta de la que fue su inspiración, y es por ello que los asambleístas han incorporado al cuerpo procesal penal solo ciertas instituciones, con algunas variantes, para que operen en la realidad ecuatoriana y dentro de estas instituciones se encuentra el procedimiento abreviado que es, una nueva alternativa para procesar ciertos delitos.

El Procedimiento Abreviado, procedimiento especial incorporado a la legislación por intermedio del Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial No. 360 del 13 de enero del 2000, el cual entro en vigencia a partir de julio del año 2001, generó muchas inquietudes por parte de los funcionarios judiciales, abogados y en general por todos los que de alguna forma estaban inmiscuidos en algún proceso penal; así mismo recibió comentarios positivos y negativos no solo de tratadistas nacionales sino de extranjeros. No se cuestionaba el Procedimiento Abreviado como tal, sino las reglas y requisitos para su aplicación y todas las consecuencias jurídicas que conlleva.

En el país a diferencia de otros países, el Procedimiento Abreviado, a pesar de ser una innovación positiva, el caduco sistema procesal penal, sigue siendo un procedimiento poco aplicado en el país ya sea por desconocimiento, desinterés o por una cultura de conflicto. A diferencia de otros países de Latinoamérica en los cuales este procedimiento casi ha desplazado a los tradicionales sobre todo cuando se trata de resolver asuntos o delitos que no representan una amenaza o no son tan graves para la sociedad, en el país no ha tenido la acogida que se esperaba.

Con la incorporación del Procedimiento Abreviado han surgido varias dudas que pueden originar algunas controversias y podrían llevar a dudar de su eficacia; ha recibido varias críticas, pero también argumentos a favor, por lo tanto, se hace necesario aclarar algunos puntos referentes a su aplicación, señalar ciertas dudas, pero sobre todo realizar observaciones respecto al trámite y a los efectos procesales que emanan de su aplicación.

En la búsqueda constante de tratar de mejorar el sistema procesal penal ecuatoriano, el procedimiento abreviado aparece como una tabla de salvación al ser una herramienta incorporada para simplificar el proceso penal. El sistema de justicia ecuatoriano podrá valerse de esta herramienta para dotar de mayor agilidad y una dinamización del sistema y evitar que cada día se sigan acumulando causas.

Guerrero (2011), señala que el respeto a la justicia, el fortalecimiento los Derechos del procesado, la simplificación del proceso penal y la exclusión de formas de justicia que obstaculizan el flujo de casos, son los principales objetivos que se buscaron con las últimas reformas encaminadas a solucionar los graves problemas del sistema actual.

La celeridad del proceso y la oralidad son principios que se plasmaron en las reformas ya que las nuevas instituciones están orientadas a simplificar el proceso y de alguna forma evitar la acumulación de causas en los juzgados y liberar a los jueces de la dura tarea de sustanciarlo todo y más bien simplifican su labor, los fiscales les dan elementos objetivos y claros para que puedan decidir de manera imparcial.

El Procedimiento Abreviado nace como un mecanismo que da soluciones rápidas y efectivas bajo ciertas circunstancias especiales y tomando en cuenta parámetros para su aplicación. Dicha figura ha sido incorporada en otras legislaciones en Latinoamérica y la experiencia en estos países servirá de punto de partida para enfocar sus ventajas y desventajas.

El actual sistema procesal penal señala los procedimientos denominados como especiales dentro de los cuales se encuentra incorporado el Procedimiento Abreviado. Realizando un análisis de lo que se denomina como procedimientos especiales, la legislación los califica como tales en virtud que son formas particulares de solución de los conflictos penales que cumplen circunstancias especiales para entrar a formar parte de lo que se denomina procedimiento especial.

Gaviria (2010), señala que la doctrina da el carácter de ordinario o especial al procedimiento tomando en cuenta el mayor o menor tiempo con el que se resuelven los casos, pero obviamente tomando en cuenta la especialidad de los casos y los requisitos para que sean considerados como ordinarios o especiales. Los casos que por su naturaleza deben seguir con actos procesales comunes para todos los juicios, se denominarán ordinarios; y, aquellos que reúnan ciertos requisitos del Procedimiento Abreviado. Realizando un análisis de lo que se denomina como procedimientos especiales, la legislación los califica como tales en virtud que son formas particulares de solución de los conflictos penales que cumplen circunstancias especiales para entrar a formar parte de lo que se denomina procedimiento especial.

La efectividad, utilidad y actualidad del procedimiento abreviado es manifiesta en el sistema de justicia norteamericano, el cual a pesar de verse sensiblemente afectado por el incremento de la delincuencia logra mantener de forma plena su funcionabilidad y efectividad debido al uso cotidiano del procedimiento abreviado el cual garantiza la descongestión judicial lográndose un acuerdo con el imputado sin necesidad de probar el delito o culpabilidad del mismo a cambio de la

confesión de la culpabilidad, acción que se traduce en la disminución de la pena o cargos imputados al mismo.

A manera de compendio, si el patrimonio político de la colectividad se mantiene y protege a través del conjunto de normas jurídico-penales que describen y sancionan determinadas conductas, el aspecto constitutivo del procedimiento abreviado se manifiesta en la normatividad de lo justo y la especificación de lo antijurídico, respecto de la valoración de los intereses fundamentales de la colectividad.

2.6. Características

Cabezas, (2012), manifiesta que en esta clase de procedimientos concurren ciertas particularidades que en definitiva son las que tienden a caracterizarlo y distinguirlo de los demás de su especie. Es característico el aspecto temporal por ejemplo, cuya utilidad surge de la correspondencia entre el medio empleado (procedimiento abreviado) y el fin perseguido (celeridad en la resolución de los conflictos sociales); toda vez que la abreviación se proyecta como un medio de auxilio a quienes son víctimas de los agravios delictivos y como medio para mejorar el procesamiento de los culpables, a través de convenios o negociaciones que canalizados según fórmula se traducen como ejercicio eficaz de la justicia penal.

Para viabilizar el procedimiento abreviado se requiere el acuerdo entre el fiscal y el procesado acompañado de su defensor. De ello se desprende que, se trata de un procedimiento que procura la solución consensuada del conflicto sin vulnerar el principio de la verdad histórica ni la pretensión punitiva de la sociedad.

Gutiérrez (2011), explica que de otro lado, entendidas como son las penas privativas de la libertad el eje del sistema penológico, ocurre que el procedimiento abreviado regula todas las causas penales por delitos cuyas penas desde un punto de vista promedial no sean superiores a las de prisión (para el caso de prisión cuyo máximo es de cinco años) o como en otras legislaciones para penas no privativas de libertad, tal el caso, las sanciones económicas o multas simplemente. Más, lo que si queda claro es que el procedimiento abreviado no opera para delitos sancionados con penas de reclusión.

Ahora y en cuanto al marco jurídico regulador de la escala punitiva, el procedimiento abreviado procura acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito imputado (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas) que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen: la confesión ha sido valorada tradicionalmente como una circunstancia atenuante de la pena.

Se trata además de un procedimiento que intenta aligerar el proceso penal evitando que se practiquen ciertas fases que se tornan inútiles y evitando asimismo la repetición de ciertas actuaciones que ya se hayan realizado. Obsérvese y esto a manera de ejemplo que en este procedimiento: se concentran ciertas etapas del procedimiento ordinario, se dan facilidades a las partes ya para la conformidad sobre la aplicación del procedimiento o ya para la negociación de la pena, se da posibilidad al juez o al tribunal penal según corresponda para que dicte sentencia según circunstancias de este procedimiento y según pruebas alejadas de las exigencias del ordinario, en cuanto a la prueba tiene prelación la confesión del procesado aúnque no es la única que se practica y observa para dictar sentencia, en algunas legislaciones no en todas pese a existir sentencia condenatoria se procura la irrecurribilidad de la misma, se practican diligencias sin demora o en plazos reducidos, si no se las exige de modo inmediato pero siempre con observancia de las garantías del debido proceso.

Pese a la independencia de su intervención en otras actuaciones procesales, es característico y hasta de cierto modo requisito si ne qua non la participación del fiscal, recuérdese, que según las circunstancias de procedencia, según la organización del trámite e inclusive según la propia validez del procedimiento se exige la actuación de este representante de la fiscalía.

El interés por haber incorporado este procedimiento a la legislación penal se basa en la descongestión de los procesos penales y sobre todo en la necesidad de simplificar los procedimientos, vinculándose directamente al proceso de modernización de la justicia en el mundo. Perretti (2010), señala que debe identificarse el delito cometido y por ende la pena a imponerse, este procedimiento opera en los casos en que la pena a imponerse no exceda de cinco años, es decir delitos considerados como leves, los cuales por su naturaleza no representan ma-

yor alarma para la sociedad. Si un hecho punible reúne este primer requisito el procesado puede optar por acogerse a este procedimiento, es en este momento donde el elemento consensual cobra vital importancia ya que debe existir un acuerdo entre el fiscal y el procesado, que en la legislación debe manifestarse por escrito; si no hay este acuerdo no puede optarse por este procedimiento.

Con este acuerdo se asume que hay conformidad de las partes para optar por la abreviación. Lo que queda claro es que este procedimiento no es admisible para los delitos cuya pena supere los 10 años. El procedimiento abreviado le permite al fiscal como al procesado negociar sobre la pena a imponerse tomando en cuenta el máximo y el mínimo en la escala penal para el delito imputado (o la elección de una pena alternativa) que a criterio del procesado le resulte favorable. El hecho que el procesado acepte declararse culpable y reconozca como verdaderos los resultados de la investigación, le favorece en el sentido que la pena a imponerse será menor a la que se le pretendía imponer antes de optar por este procedimiento.

La omisión de ciertas etapas dentro del juicio, es característica de la brevedad penal, ya que la negociación de la pena le da la facultad al juez para dictar sentencia en una sola audiencia. Las participaciones del fiscal y del abogado son importantes porque son los sujetos procesales de los cuales emana el acuerdo. El fiscal presenta las pruebas emanadas de la investigación realizada y señala la pena que solicitará, luego, el procesado acepta acogerse a este procedimiento, consentimiento que es acreditado por el abogado defensor con su firma y se supone que informa a su cliente de las ventajas y desventajas del mismo. La pena a imponerse por parte del juez o tribunal penal no podrá ser mayor a la solicitada por el fiscal.

2.7. Objetivo y finalidad

El objetivo del procedimiento abreviado se puede resumir en lograr una mayor dinamización y eficiencia de la función pública, traducida en una administración expedita de justicia a través de la resolución inmediata de los cargos presentados al acusado, mediando un acuerdo en el cual el Fiscal logra que el acusado confiese su culpabilidad a cambio de una sanción menor a la que recibiría de ser juzgado a través del proceso ordinario.

Lombardía (2012), señala que el mayor beneficio es la disminución de la carga de trabajo fiscales y jueces y donde los particulares podían sentirse satisfechos de mejor manera al ser resarcidos en el daño causado, dejando de lado un proceso penal que a muchos no interesa o si les interesa no tienen la voluntad y la constancia para continuarlo.

El aporte de este nuevo procedimiento, entonces, solo se podrá medir sin tomar en cuenta delitos que tienen la característica de ser muy numerosos y, por consiguiente, no se verá un resultado positivo o negativo sino cuando el tiempo transcurra, se entiendan sus beneficios y se contribuya con capacitación e infraestructura a esta nueva alternativa para procesar esta clase de delitos.

Tal y como queda expuesto en la cita anterior la esencia del procedimiento abreviado está dada por lograr una mejor funcionabilidad del sistema de justicia y un uso adecuado de los limitados recursos humanos y materiales que poseen, lográndose administrar justicia de forma expedita y obteniendo resultados satisfactorios comparables a los procedimientos judiciales ordinarios.

Ferrajoli (2011), afirma que el procedimiento abreviado es una nueva herramienta procesal para perseguir los delitos considerados de menor gravedad, que, manejado de buena manera por los actores de la vida judicial, puede llegar a ser la institución procesal con la que se resuelvan la mayor cantidad de casos por estos delitos y, en el futuro, pueda servir para juzgar incluso delitos de mayor gravedad.

El éxito de este procedimiento puede traer muchos beneficios, como son: descongestionar la gran cantidad de procesos que se encuentran en manos de jueces y fiscales; agilitar las causas por delitos considerados graves y, sobre todo, concientizar a la población de su deber de asumir su responsabilidad cuando cometan un delito.

Se evidencia que el procedimiento abreviado además de garantizar la descongestión judicial e incrementar la eficiencia y calidad de la función judicial, garantiza el pleno cumplimiento de los Derechos humanos lográndose un procedimiento judicial, el cual puede ser resuelto de forma inmediata disminuyendo de esta forma el período de condena del acusado y por ende los daños psicológicos que del mismo puedan desprenderse.

2.8. La admisibilidad del sometimiento al procedimiento abreviado

Los requisitos para la admisibilidad del procedimiento abreviado son:

Una vez que se ha conocido la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, es necesario analizar la practicidad de este procedimiento para poder incorporar nuevas ideas que permitan un buen manejo de su admisibilidad. El Artículo 635 del COIP manifiesta que el procedimiento abreviado debe sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas, aquellas infracciones cuya pena máxima privativa de libertad no sobrepase los 10 años, son susceptibles al procedimiento abreviado, es imprescindible que la propuesta del fiscal se presente desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, verificándose el consentimiento del procesado a la aplicación del procedimiento abreviado, garantizándose la inviolabilidad de sus Derechos constitucionales, tomándose en cuenta que la existencia de varias personas procesadas no es un elemento limitante para la aplicación del procedimiento abreviado, finalmente es de destacar que la pena a aplicar en ningún caso podrá ser superior a la sugerida por el Fiscal.

Este artículo establece las condiciones o requisitos para que el procedimiento abreviado sea admitido a trámite, pero estos a su vez, se encuentran supeditados a la etapa en la que se encuentre el procedimiento ordinario. La norma establece que tal sometimiento podrá ser admitido siempre que sea planteado hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

A primera vista, se puede interpretar como que el sometimiento al procedimiento abreviado se puede realizar hasta antes que el juez de Garantías Penales dicte sentencia. Se puede concluir en primer lugar, que el sometimiento al procedimiento abreviado se puede proponer desde que el Fiscal tiene conocimiento del delito, incluso antes que dicte la resolución dando inicio a la etapa de instrucción, pues, el procesado puede admitir que ha cometido el delito, antes que se dicte tal resolución; por consiguiente, el Fiscal solicitará tal sometimiento en la misma resolución de apertura a la etapa de instrucción; y luego, este sometimiento al procedimiento abreviado, se puede proponer también en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

2.9. Ventajas del procedimiento abreviado

- El procedimiento abreviado permite a la Fiscalía concentrar sus esfuerzos en los casos más graves y difíciles, al tiempo que los jueces de Garantías Penales tendrán mejores oportunidades para fijar, conocer y fallar los juicios.

- El conocimiento y fallo oportuno de casos implica una importante reducción del número de presos sin condena, es decir, evita que las largas esperas para la realización del juicio estando en prisión, conviertan al encierro preventivo en verdadera condena anticipada.

- La eliminación de la incertidumbre respecto de la suerte de un imputado constituye tanto para este como para la víctima, la satisfacción del Derecho a una justicia pronta y cumplida.

- Respecto de la pena, le permite al procesado conocer anticipadamente que no será condenado a una pena mayor que lo acordado, pues este acuerdo producto de la confesión conlleva a obtener una reducción de la pena dentro de los límites de la escala penal conminada para el delito que se imputa.

- Asimismo, los procesados, privados de la libertad, al obtener una pronta condena inician su tratamiento penitenciario, lo que les permite lograr más rápidamente los beneficios que establece la ley.

- El procedimiento abreviado además conlleva una más racional distribución de los recursos afectados por el Estado al proceso penal.

- Agiliza los procesos penales y evita dilaciones indebidas en los mismos, lo que deviene en una aceleración de las condenas.

- El abaratamiento de costos, así como la disminución de recursos humanos es otra de las ventajas que con la abreviación de procesos se persigue.

- Alivia la situación de juzgados y tribunales, esto es, se los descongestiona de saturadas causas por resolver.

Adicionalmente, el procesado debe mirar otras ventajas de someterse al procedimiento abreviado, tales como el ahorro de tiempo para recibir una sentencia, frente a la inconveniencia de un proceso largo

y tortuoso en el que el procesado se encuentra en una situación de incertidumbre y donde el daño psicológico puede ser muy grave, pues, tendría que acudir a las audiencias y en la etapa del juicio confrontar testigos y documentos que buscan probar su culpabilidad.

Muy importante también, dentro del aspecto económico, es la ventaja que el procesado no tendría que gastar en honorarios de abogados y peritos, pues, no se puede desconocer la preferencia que tienen las personas de defenderse con un abogado particular y no esperar un defensor público, precisamente porque no existe confianza en una correcta y responsable asesoría dentro del juicio.

Al mirar todas las posibles ventajas y desventajas de asumir la responsabilidad por el delito cometido, se deben establecer reglas claras y precisas para el correcto desenvolvimiento de este procedimiento, así también, es muy importante que se establezca una normativa dirigida a una correcta negociación por parte de los fiscales, para que ahí se determine, en razón de la pena que corresponda a cada delito, un porcentaje de rebaja.

En el Código Adjetivo Penal que estuvo vigente, únicamente se establecía este beneficio para el caso que el procesado admitiera la comisión del delito, a diferencia de otras legislaciones como la de Estados Unidos, en la que el beneficio se otorga también por información adicional, por rendir testimonio en juicio, aportar nuevas pruebas u otros autores en el hecho delictivo; estos motivos de negociación, no están contemplados en la legislación ecuatoriana podrían servir en procesos en los que la investigación es muy difícil de realizar y en verdad no existan indicios plenos sobre los autores del delito y todas las circunstancias que rodearon su cometimiento.

2.10. Prerrogativas en la aplicación del procedimiento abreviado

La legislación ecuatoriana nada dice sobre la forma como se debe realizar la admisión de los hechos por parte del procesado que desea someterse al procedimiento abreviado y las consecuencias de la misma. La admisión de culpabilidad tiene que darse libre y voluntariamente por parte del procesado y con el debido asesoramiento del abogado defensor público o privado.

Al admitir el procesado el hecho que se le atribuye y, por tanto, las consecuencias del mismo, implica que este, de cierta forma, renuncia al ejercicio del Derecho de defensa y a la presunción de inocencia que tiene toda persona mientras no exista sentencia que declare lo contrario, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador. En caso que el Juzgador no acepte o rechace el acuerdo, este no podrá ser prueba dentro procedimiento ordinario.

Ecuador es un Estado personalista fundado en el respeto de la dignidad humana. La Constitución de la República reconoce la primacía de los Derechos inalienables del ser humano. Se ha de proteger, entonces, el Derecho a la vida, esto es, que la persona exista, además de garantizar cierta calidad de subsistencia. La persona es el sujeto, la razón de ser y fin último del poder político por lo que se constituye en algo inalterable en el ejercicio del poder y su relación con la sociedad. Es a partir del respeto por la vida humana que adquiere sentido el desarrollo de la comunidad y el funcionamiento del Estado.

Binder (2010), señala que el proceso penal por sí mismo acarrea un grave perjuicio para el honor del procesado, por sus efectos estigmatizantes y es por eso que mediante esta garantía se reconoce el Derecho de la persona que ha sido sujeto de una persecución, de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio debe advertirse que el Derecho a la presunción de inocen¬cia no solo es una garantía que impone la consideración del procesado como inocente, sino que su efecto más importante radica en que exige que la persona que viene afrontando un procedimiento judicial sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad alguna.

En el nuevo cuerpo procesal penal, se deja, en forma expresa, la posibilidad de no ejercer este Derecho e incluso de renunciar al mismo a través de la admisión de los hechos que se le imputan a la persona procesada. La presunción de inocencia, garantizada por la Constitución, puede terminar cuando el procesado realice la admisión de los hechos, pues, desde ese momento es él mismo quien se coloca en situación de culpable antes de dictarse sentencia, sin embargo, que en la sociedad esta presunción está bastante desgastada.

La primera fuente de la institución jurídica del debido proceso se encuentra en los convenios y tratados internacionales, las normas constitucionales. En el Estado ecuatoriano, la actual Constitución de la República del 2008 promulga un Estado Garantista, en tal virtud la persona que considere que se han vulnerado alguno de sus Derechos o bienes jurídicos, por parte de otra persona natural o jurídica, tiene la facultad legal de acudir a los Juzgados o Tribunales Jurisdiccionales en demanda de justicia observándose el fuero legal, en razón del territorio, las cosas, las personas y de los grados.

El Ecuador al asegurar la vigencia de los Derechos Humanos y el respeto de las libertades fundamentales de mujeres y hombres, garantiza la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción, asegura la aplicación de principios como el de inocencia, Derecho a la defensa, entre tantos otros; tal es así que el artículo 75 de la Constitución de la República expresa que toda persona tiene Derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita; el Art. 76, señala que en todo proceso en que se determinen procesos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el Derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas; Art. 76 numeral 1. manifiesta que corresponde "a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas o Derechos de las partes"; en el numeral 2. del mismo artículo se refiere a la presunción de inocencia; 3. principio de ilegalidad; 4. principio de eficacia probatoria; 5. indubio pro reo; 6. principio de proporcionalidad.

La admisión de los hechos por parte del procesado es, entre otras, una condición para que el Juez admita el sometimiento al procedimiento abreviado, por lo tanto, existe la posibilidad que este no sea admitido y es entonces cuando surge el problema de saber si esta renuncia (a defenderse y a que se presuma su inocencia) es permanente o deja de surtir efecto cuando el Juez no acepta el sometimiento al procedimiento abreviado.

Considero que este requisito responde a la necesidad de garantizar que el procesado, el momento de admitir el delito y de consentir en someterse al procedimiento abreviado, debe estar debidamente asesorado por su abogado defensor sobre las consecuencias de estos hechos y que no exista ningún tipo de presión por parte de terceros interesados, presión que puede producirse incluso por parte del Fiscal.

Entonces, la responsabilidad de acreditar la libertad con la que el procesado decidió someterse al procedimiento abreviado recae sobre el abogado defensor, entendiéndose que tal responsabilidad abarca un correcto asesoramiento y comprobar que el consentimiento fue libre y voluntario, sin embargo, puede suceder que el abogado defensor sea quien ejerza algún tipo de presión con el fin de dar por terminado su trabajo en la defensa de la causa.

Esta es una muy buena opción, pues, de acuerdo con lo que dice la norma, la sola firma del abogado defensor sirve para demostrar que se han cumplido con la asesoría al procesado, que este ha tenido la libertad para decidir y lo ha hecho en forma voluntaria, con lo que el abogado solo está sujeto a lo que se manifiesta en la Ley de Federación de Abogados respecto del asesoramiento profesional y a las sanciones que allí se establecen por su incumplimiento; mientras que, bajo la modalidad sugerida por el autor, el abogado defensor que hace una declaración juramentada sobre el cumplimiento de estos requisitos se coloca en una situación de mayor responsabilidad, pues, en caso que su declaración no esté ceñida a la verdad se involucraría en el cometimiento de un delito.

Asimismo, para que esta modalidad opere de buena manera, se debe evitar que, por el contrario, sea el procesado quien abuse de esta, ya que puede responsabilizar al abogado defensor de su situación argumentando una posible defensa; por esta razón, la acreditación la deben hacer en conjunto el procesado y el abogado defensor, y cuando el procesado se encuentre frente al juez vuelva a realizar tal acreditación en forma personal.

Es imprescindible que los abogados defensores realicen un exhaustivo análisis de la causa y de las posibilidades de defensa que tiene su cliente y comunicárselo de una forma clara y precisa con la indicación de las ventajas y desventajas que lograría al someterse al procedimiento abreviado, pues, caso contrario perjudicaría la situación de una persona que tiene Derecho a una correcta defensa y comprometiendo de manera irresponsable su prestigio profesional.

2.11. Utilización del procedimiento abreviado en delitos penales durante el período 2015 -2016

En el año 2015 de la totalidad de casos presentados al sistema judicial penal ecuatoriano solamente 12.850 se acogieron al procedimiento abreviado como consecuencia de la sobreutilización de los procedimientos de justicia penal ordinarios, situación que agravó la ya existente congestión del sistema penal.

En el año 2016, 18.233 casos penales hicieron uso del procedimiento abreviado como herramienta legal a través de la cual lograr una resolución expedita capaz de satisfacer las necesidades de las partes en conflicto, cifra de poca significancia tomando en cuenta el elevado número de casos presentados en el sistema judicial penal en dicho período.

Es de destacar que no se ha hecho una buena utilización del procedimiento abreviado debido a su poca difusión entre los abogados en libre ejercicio de la profesión, defensores públicos y funcionarios del sistema judicial penal, considerándose tal herramienta como negativa para los intereses de los abogados en libre ejercicio de la profesión, los cuales al desempeñarse en casos de resolución expedita se ven imposibilitados de exigir mayores remuneraciones.

El afianzamiento de procedimientos de resolución de conflictos judiciales penales ordinarios atenta directamente contra el desarrollo de herramientas legales capaces de agilizar un congestionado sistema judicial penal y brindar una resolución de conflictos rápida y ejecutiva.

2.12. Elementos del procedimiento abreviado que agilizaron la labor judicial

El procedimiento abreviado se destaca por ser una herramienta legal capaz de fundamentarse en criterios como la eficacia, celeridad, Economía procesal, juzgamiento en plazos razonables e inexistencia en el uso de medidas cautelares que puedan exceder las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema judicial penal.

Debe destacarse que el procedimiento abreviado se revela como un instrumento de defensa social dado que el mismo garantiza el juzgamiento y sanción de los culpables en un breve período, en plena con-

cordancia con las garantías y Derechos legales, así como los tratados de respeto de Derechos humanos internacionales signados por la nación.

La eficiencia, rapidez y carácter expedito del procedimiento abreviado son características que hacen del procedimiento abreviado la herramienta idónea para accionar y agilizar el aparato punitivo del Estado, el incremento en su utilización garantizará la resolución efectiva del colapso que se verifica actualmente en la administración de justicia penal, es innegable.

También, la característica de autonomía en la voluntad o del consenso del procedimiento abreviado, garantiza que los intervinientes en el conflicto jurídico penal ocupen una posición protagónica, pudiéndose arribar a un acuerdo común a partir del cual se imponga la pena al procesado.

2.13. Causas por las que el procesado se acogió al procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado brinda al procesado la posibilidad de ahorrar en recursos a ser destinados en el desarrollo de su causa, así como también minimiza el tiempo a ser invertido en el proceso, garantizándose la inaplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva.

Igualmente, al llegar a un común acuerdo como resultado del procedimiento abreviado, el procesado garantiza el menor tiempo de condena y del mismo modo cualquier gasto legal en el que pudiese incurrir para garantizar una defensa efectiva.

El procedimiento abreviado brinda la posibilidad que el procesado acceda a un proceso de salida expedita y económica y por ende de mayor eficacia, siendo indudablemente dicho procedimiento la herramienta legal de mayor provecho al procesado, el cual garantizará a través de un acuerdo la menor de las penalidades.

2.14. Porcentaje de procesos penales aplicables al procedimiento abreviado durante el período 2015 – 2016.

En el año 2015 del 100% de los casos penales ingresados, un 30% no aplicaba al procedimiento abreviado debido a que las penas corres-

pondientes a dichos actos delictivos excedían los 10 años de privación de libertad o eran delitos de carácter sexual, o delitos que se relacionaban con alteraciones de la seguridad nacional o que violaban los Derechos de la mujer, niños y adolescentes.

Un 70% de los casos penales presentados en el año 2013, cumplían con los requisitos para ser solucionados mediante el uso del procedimiento abreviado, sin embargo, menos del 10% de los casos se acogieron a dicho procedimiento, consecuencia directa del desconocimiento del mismo u omisión por parte de abogados en libre ejercicio de la profesión, para garantizar procesos ordinarios prolongados en los que se precise de la utilización de grandes cantidades de recursos económicos aportados tanto por el Estado como por las partes en conflicto.

En el año 2016 del 100% de los casos penales presentados un 25% de los mismos no aplicaba al procedimiento abreviado dadas sus características, y del 75% restante aplicable al procedimiento abreviado solamente un 12% se acogió al mismo, situación que agravó la congestión de la administración de justicia y afectó los intereses de las partes en conflicto.

Se hace evidente el uso indiscriminado de los procedimientos ordinarios como principal forma de resolución de casos en la justicia penal ecuatoriana, situación que agrava la utilización de los ya limitados recursos económicos del sistema de justicia penal y limita la capacidad del personal legal al momento de lograr mejores resultados en la administración de justicia, reafirmándose de esta forma la insatisfacción existente con el sistema de justicia penal como instrumento de defensa social.

3. DESARROLLO DE LA PROPUESTA

3.1. Exposición de motivos

El procedimiento abreviado se revela como la herramienta legal capaz de agilizar el aparato punitivo del Estado, garantizando un uso óptimo de recursos humanos y materiales de modo que logrará dar una resolución efectiva al actual congestionamiento del sistema judicial penal con el ahorro de recursos y la reafirmación del principio de autonomía de la voluntad o del consenso.

Actualmente el sistema penitenciario ecuatoriano no cuenta con los recursos y personal capacitado para lograr una rehabilitación y reinserción de la población penitenciaria a la sociedad en general. La principal misión para el que está proyectado el sistema penitenciario más que para punir a los infractores de la ley es para lograr un cambio y transformación en su conducta de forma tal que reconozcan su error y puedan reincorporarse exitosamente a la sociedad.

La Constitución de la República del Ecuador, en el título IV en el capítulo 4 sección Decimotercera sobre la Rehabilitación Social en su artículo 201 manifiesta que el sistema de rehabilitación social es la herramienta a través de la cual se transforma la conducta de los infractores con el objetivo de evitar su reincidencia, reinserción y adaptación a las normas sociales de forma tal que pueda desarrollar sus potencialidades y transformarse en un elemento útil a la sociedad.

El Art. 51 de la Constitución de la República del Ecuador, en su literal 5 expresa textualmente que entre las funciones del sistema penitenciario ecuatoriano está no solamente velar porque los infractores cumplan su condena, sino que al mismo tiempo el período que transcurran en dichos centros deberá ser utilizado para enriquecer desde el punto de vista productivo, educativo y cultural a los infractores.

Pero debe destacarse que en la actualidad es poca la población carcelaria se encuentra incluida en programas de rehabilitación social, debido en buena medida a la falta de recursos y personal capacitado de las autoridades penitenciarias y, asimismo, también debe destacarse programas de incentivación dirigidos a los reclusos para que transformen sus estándares de vida y formas de comportamiento por lo que la mayoría de los mismos no sienten ningún tipo de motivación para insertarse en programas de rehabilitación e inclusive a ejercer ningún tipo de acciones laborales durante el cumplimiento de la sanción. La mayoría de los internos no realizan tareas o actividades dirigidas a la rehabilitación y reinserción social, en gran medida a la sobrepoblación existente en los centros de rehabilitación social ecuatorianos, con un gran porcentaje de hacinamiento en las mismas. El hacinamiento es la causa principal del agravamiento del comportamiento negativo de la población carcelaria, la cual, el lograr un cambio y transformación positivos empeora su comportamiento adquiriendo nuevos hábitos y conocimientos delictivos que les permite incrementar su capacidad de hacer daño a la sociedad y los transforma en verdaderos criminales.

Es ahí que se puede afirmar que los centros de rehabilitación ecuatorianos son verdaderas universidades delictivas debido a la poca atención que se presta a los infractores recluidos en las mismas de forma individual, no pudiéndose asignar programas y tareas específicas a cada individuo de tal manera que se logre una transformación verdadera en el carácter de los mismos, así como un cambio en los hábitos y costumbres delictivas, por el contrario, la situación de los internos o personas privadas de la libertad en el presente caos imperante en los mencionados centros del Ecuador, se transforma de mal a peor.

El tema carcelario ha sido una problemática para la mayoría de los gobiernos democráticos de Ecuador debido a los recursos insuficientes que se destinan a dichas instalaciones, las mismas que no cuentan con la infraestructura y elementos necesarios que garanticen el correcto albergue a los detenidos.

También, se debe destacar que el personal carcelario desconoce técnicas de rehabilitación, son inexistentes las estrategias en este sentido y, también es de recalcar que no se efectúan cursos de capacitación y preparación de dicho personal con el objetivo de poder realizar sus funciones de forma óptima y como consecuencia mejorando la situación de orden y disciplina dentro de los centros carcelarios.

Además, las autoridades nacionales han asumido el reto de transformar y construir nuevos centros penitenciarios con el objetivo de mejorar la actual situación de sobrepoblación carcelaria y también potencializar los planes de reinserción social de los infractores, tomando en consideración a los nuevos Centros de Rehabilitación Social, como los de Guayaquil y Latacunga.

Se debe considerar que, a pesar de los actuales esfuerzos de las autoridades por construir nuevos centros penitenciarios con el objetivo de disminuir la sobrepoblación existente, la clave del éxito para lograr una reinserción efectiva de la población carcelaria a la sociedad está en la educación y capacitación del personal de seguridad y rehabilitación penitenciaria, el cual es el principal protagonista en la transformación y cambio positivo de las personas privadas de libertad (PPL).

Una de las falencias mayores del sistema penitenciario en Ecuador, está dada por la deficiente infraestructura de los centros penitenciarios y la poca capacidad existente en los mismos para dar una total cobertura a las necesidades de una población penitenciaria creciente. La

deficiente puesta en práctica de los programas de rehabilitación social dirigidos a la población penitenciaria es otro factor que no contribuye a la reinserción de los mismos a la sociedad, transformándose en la mayoría de los casos el centro penitenciario en un lugar donde los infractores potencializan sus actitudes antisociales y adquieren nuevas habilidades y destrezas delictivas.

Es de destacar la necesidad imperante de capacitar y formar un nuevo personal penitenciario capaz de asumir los retos actuales con profesionalidad y conocimientos de forma tal que el mismo sea el elemento de peso al momento de lograr una transformación en las actitudes y hábitos de la población penitenciaria.

Por los motivos anteriormente expuestos se recalca la necesidad de impulsar la utilización del procedimiento abreviado, dado que el mismo permitirá una reinserción total del infractor a la sociedad ya que el mismo no deberá pasar extensos períodos en el sistema penitenciario, lo cual permitirá un ahorro de recursos y contribuirá a una reinserción efectiva pues se evitarían actos discriminatorios en su contra.

4. PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Asamblea nacional

Comisión legislativa y de fiscalización

El pleno de la comisión legislativa y de fiscalización

Considerando:

Que: De acuerdo con lo que establece el Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y justicia

Que: El Artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que toda persona tiene Derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus Derechos e intereses.

Que: El Artículo 132 establece que se requerirá de la aprobación de una ley en el caso en que se vaya a tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

Que: El Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador establece a la Asamblea Nacional las atribuciones para "Expedir, Codificar, Reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio".

Que: La forma de vida actual y el interés colectivo debe prevalecer en la legislación social.

Expide

La siguiente Ley Reformatoria a la Sección Primera del Título VIII del Código Orgánico Integral Penal referente a los:

Procedimientos Especiales.

Refórmese el numeral 2 del Artículo 635 con el siguiente texto:

I. La propuesta de la o el fiscal será obligatoria y podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de juicio.

Incorpórese al Art. 635 el siguiente texto:

III. El acuerdo entre el Fiscal y el procesado para confesar la culpabilidad de las acciones ilícitas tendrá como resultado la presentación del cargo que tenga menor penalidad.

IV. En caso de reincidencia del procesado, no se aplicará el procedimiento abreviado encausándose la resolución del conflicto al procedimiento ordinario.

Refórmese el artículo 20 agregándose al final el siguiente texto:

En el caso de acogerse el procesado al procedimiento abreviado, se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más leve.

Refórmese el artículo 21, agregándose al final el siguiente texto:

En el caso de acogerse el procesado; al procedimiento abreviado, se aplicará la pena de la infracción más leve.

4.1. El procedimiento abreviado en el Derecho comparado

En el orden nacional de la República Argentina, recientemente se ha incluido el procedimiento abreviado en el sistema penal de este país, de acuerdo con la Ley 24.825.197. El artículo 431 establece que puede requerirse un proceso abreviado que se haya utilizado, si se considera prisión adecuada por un período inferior a seis años, o una pena no relacionada con la privación de libertad, y cuando el acusado, asistido por su abogado, acepta la existencia de su participación en él.

De acuerdo con el Decreto Legislativo No. 51 de 1992, la República de Guatemala ha modificado el sistema de justicia penal al incorporar el proceso de reforma estructural del proceso penal: el Código de Procedimiento Penal de Guatemala establece procedimientos que reducen la pena en el Artículo 464, lo cual es aceptable si el fiscal considera apropiado imponer penas de hasta dos años de prisión, que luego se aumentó a cinco años de prisión en virtud del Decreto Nº 79 de 1997 o una sanción de encarcelamiento, no libertad.

El Código de Procedimiento de Guatemala, estableció que, si el acusado y su abogado se encontraban de acuerdo con la petición, respecto a la institución y el hecho que, como se describe en la acusación formal, su participación en la comisión de un acto, el artículo 464 permite el uso de un procedimiento abreviado, a uno o más involucrados, incluso si el resto no está de acuerdo.

El segundo párrafo del artículo 465 establece que el veredicto se basará en los hechos descritos en la acusación, pero permitirá que la parte demandada lo incluya a favor de los hechos antes que resulte de la prueba del procedimiento.

Colombia en el año 2004 promulgó un nuevo Código de Procedimiento Penal, que establece procedimientos especiales con sus diferentes anotaciones punitivas, es decir, según cuándo se permite la participación del delito, y debe tenerse en cuenta que en nuestra atención, esta legislación está más desarrollada en la formulación de pro-

cedimientos especiales, porque de esta manera se implementa efectivamente el propósito propuesto de incluir un procedimiento reducido y hace que la dependencia judicial sea inocua.

Si el acusado admite su responsabilidad por cometer un delito se beneficiará de una reducción de la multa, si el cargo se realiza entre la acusación y el interrogatorio, es decir, la reducción será de una sexta parte. Cabe señalar que la Ley de Procedimiento Penal de Colombia, no define un acuerdo entre el denunciado y el Ministerio Público ya que el procedimiento abreviado simplemente establece en los acuerdos preliminares y las negociaciones, en una forma similar a un procedimiento abreviado en Ecuador.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez realizada la investigación se arriba a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

Conclusiones

El incremento de las actividades delictivas en las últimas décadas del siglo pasado y en la primera del presente siglo se revela conjuntamente con la inaplicación del procedimiento abreviado como las principales causas de congestión del sistema ecuatoriano de justicia.

La función pública del sistema ecuatoriano de justicia se caracteriza por la lentitud y atraso en la resolución de los diferentes conflictos legales a ser solucionados, como consecuencia de la utilización casi exclusiva de procesos judiciales ordinarios, que demandan cifras cuantiosas de recursos económicos, materiales y humanos.

Los recursos económicos, materiales y humanos destinados por el Estado al sistema de justicia ecuatoriano, se revelan como insuficientes para llevar a cabo la totalidad de procesos judiciales ordinarios necesarios para la resolución de conflictos legales.

La mayoría de abogados en libre ejercicio de la profesión desconocen las ventajas y facilidades brindadas por el procedimiento abreviado como herramienta legal facilitadora, debido al uso casi exclusivo de los procedimientos ordinarios.

Se evidencia que la utilización del procedimiento abreviado como herramienta en la resolución de conflictos penales, garantizará un sensible ahorro de recursos materiales, humanos y de tiempo que incidirán en la descongestión del sistema judicial penal ecuatoriano.

El procedimiento abreviado desde el punto de vista del procesado brinda mayores ventajas que los procedimientos ordinarios de resolución de conflictos penales, al reducirse sensiblemente los recursos económicos a ser utilizados por el mismo, así como el tiempo para obtener una resolución en la reducción de la pena.

El principio de la autonomía de la voluntad de consenso se reafirma con el uso del procedimiento abreviado garantizándose a través del mismo la posición protagónica de los intervinientes en concordancia con la legalidad existente y la determinación en común acuerdo de la pena a imponer al procesado.

Recomendaciones

Fomentar e incrementar la utilización alternativa del procedimiento abreviado en la resolución de conflictos legales como herramienta de descongestión y agilización del sistema ecuatoriano de justicia.

Mejorar el desempeño de la administración de justicia, a través de la reforma del Código Orgánico Integral Penal en los aspectos referentes al procedimiento abreviado, garantizándose de esta forma la administración expedita de justicia.

Evitar el uso de procedimientos judiciales ordinarios en delitos cuya sanción no exceda la privación de libertad por más de diez años utilizándose en su lugar el procedimiento abreviado como herramienta legal capaz de propiciar la utilización adecuada de recursos económicos, materiales y humanos.

Difundir las ventajas y facilidades brindadas por el procedimiento abreviado como herramienta legal facilitadora de la labor de los fiscales, abogados en libre ejercicio de la profesión y defensores públicos.

Llevar a cabo capacitaciones periódicas dirigidas a abogados en libre ejercicio, y operadores de justicia participantes, en las que se revelen las ventajas y necesidad de incrementar la utilización del proce-

dimiento abreviado como herramienta legal que incida positivamente en la descongestión del sistema judicial penal ecuatoriano.

Informar a los procesados las ventajas del procedimiento abreviado con respecto a los procedimientos ordinarios de resolución de conflictos penales destacándose la sensiblemente reducción de los recursos económicos a ser utilizados por el mismo, así como el tiempo para obtener una resolución.

Ampliar el principio de la autonomía de la voluntad de consenso con el uso del procedimiento abreviado recalcándose el protagonismo de los intervinientes en concordancia con la legalidad existente.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera, M. (2010). *Teorías compensatorias del Estado*. Asunción: Luman.

Arboleda, T. (2010). *La Responsabilidad del Estado*. Madrid: Cervantes.

Arguedas, J. (2012). *Formación de una cultura nacional indoamericana*. México D.F.: Siglo Veintiuno.

Carreras, D. (2010). *Derechos propios del Estado*. Santiago de Chile: Universidad Santa María de Chile.

Castillo, R. (2012). *El servidor público español*. Madrid: Cervantes.

Delgado, E. (2011). *La indemnización como Derecho universal*. Caracas: Macmillan.

Delgado, F. (2014). *Funciones y funcionarios del Estado*. Zaragoza: Océano.

Espinoza, L. (2012). *Funcionamiento de la Administración Pública*. México D.F.: Azteca.

Estrada, R. (2010). *Responsabilidad del Estado*. Madrid: Zabalia.

Ferrero, M. (2010). *Historia evolutiva del Derecho.* Puerto Barrios: Editorial Oscar de León Palacios.

Fiorini, B. (2009). *Relación entre los actos de autoridad y la responsabilidad parcial del Estado*. Buenos Aires: Palermo.

Guerrero, J. (2012). *La responsabilidad Extracontractual del Estado.* México D.F.: Trillas.

Gutierrez, C. (2008). *Los Derechos humanos y las responsabilidades del Estado.* Buenos Aires: Universidad de Palermo.

Hidalgo, M. (2008). *Apuntes de Derecho Administrativo ecuatoriano: Teoría y Práctica*. Quito: País.

Linares, J. (2010). *La responsabilidad civil del empleado público.* México D.F.: Estudios legales.

Marín, M. (2010). *Fundamentos del cosntitucionalismo.* Manizales: Universidad de Caldas: Ciencias Jurídicas.

Marin, M. (2011). *La indemnización por daños y perjuicios*. Universidad de Caldas: Manizales.

Mariño, T. (2011). *El Derecho administrativo.* Bogotá: Patria.

Padilla, A. (2012). L*a Responsabilidad del Estado.* Madrid: Océano.

Portillo, L. (2013). *Organización política de la Cultura Hindú*. Barcelona: Gran Angular.

Rivera, G. (2010). *Derecho de reparación integral.* Montevideo: Caspilla.

Rodríguez, A. (2011). *Perpectivas de las mutualistas en latinoamerica*. Santiago de Chile: Sociedad.

Salgado, J. (2010). *Los Derechos indemnizables y su compensación*. Aconcagua: Océano.

Sánchez, P. (2011). *La responsabilidad contractual del Estado*. Quito: Colap.

Toledo, J. (2011). *Pensamiento político de la antigüedad a la modernidad*. Buenos Aires: Ceal.

Vallejo, R (2013). L*a responsabilidad del servidor público*. México D.F.: Trillas.

Vonlineur, L. (2014). *Sistemas Mutuales* . Paris: Rouge Mark.

Zanovini, G. (2010). *Derecho Administrativo*. México D.F.: Azteca.

Recibido: 15/08/2017

Aceptado: 27/11/2017

Dr. Guillermo Enríquez Burbano: Docente titular de la PUCE.

Correo electrónico: genriquezb@puce.edu.ec

Constitución Material. Solución Jurídica al Conflicto entre Legalidad y Legitimidad

Material Constitution. Legal Solution to the Conflict between Legality and Legitimacy

Mgtr. Abraham Zaldívar Rodríguez
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 233-256, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la Constitución material puede ser entendida como la dinámica cotidiana de reproducción sistémica de una sociedad, que puede estar o no reflejada normativamente, e incluso puede contradecir a la Constitución formal escrita. Entre ambas nociones de Constitución existe una dicotomía, pero también una relación de dependencia y sujeción. En el presente trabajo se fundamenta cómo la Constitución material es el patrón comparativo para evaluar la eficacia y eficiencia de las normas jurídicas formales del ordenamiento normativo de un país, y cómo el reconocimiento de su valor jurídico frente a la Constitución formal permitiría solucionar desde la práctica jurídica ordinaria, más allá de la racionalidad o la deontología jurídica, el conflicto común entre legalidad y legitimidad. En este artículo se analizan algunos de los usos doctrinales contemporáneos y referencias académicas actuales sobre la Constitución material, así como algunos de sus antecedentes teóricos. Se plantea además una noción más completa y abarcadora sobre la misma, identificando sus elementos, esencia y contenido. En adición, se propone ampliar la comprensión sobre el constitucionalismo desde el reconocimiento de la Constitución material, lo que exigirá asumir una noción diferente sobre la defensa de la Constitución, las garantías constitucionales y el esquema de reconocimiento de Derechos.

PALABRAS CLAVES: constitución material, conflicto, legalidad, legitimidad, constitucionalismo contemporáneo.

ABSTRACT: the material Constitution can be understood as the daily dynamic of systemic reproduction of a society, which may or may

not be reflected normatively, and may even contradict the formal written Constitution. Between both notions of Constitution there is a dichotomy, but also a relationship of dependence and subjection. In the present work is based how the material Constitution is the comparative pattern to evaluate the effectiveness and efficiency of the formal legal norms of the normative order of a country, and how the recognition of its legal value against the formal Constitution would allow to solve from the practice ordinary legal, beyond rationality or legal deontology, the common conflict between legality and legitimacy. In this article, we analyze some of the contemporary doctrinal uses and current academic references about the material Constitution, as well as some of its theoretical antecedents. A more complete and comprehensive notion about it is also proposed, identifying its elements, essence and content. In addition, it is proposed to broaden the understanding of constitutionalism from the recognition of the material Constitution, which will require taking a different notion on the defense of the Constitution, constitutional guarantees and the scheme of recognition of rights.

KEY WORDS: material constitution, conflict, legality, legitimacy, contemporary constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Constitucional, los magnos textos han sido objeto de varias clasificaciones. Estas han respondido a criterios dispares; y han encontrado polémica doctrinal desde el surgimiento del Derecho Constitucional como ciencia jurídica, a inicios del siglo XX. Los estudios actuales asumen la importancia de algunas de ellas sólo desde el punto teórico e histórico, pues la consolidación del Estado Nacional como Estado Constitucional ha sido un elemento generalizado en la contemporaneidad política. Así, desde las primeras revoluciones burguesas y hasta la primera mitad del siglo XX, se concretó una estandarización occidental en cuanto a la regulación jurídica del Estado, tanto en sus manifestaciones de forma como en sus contenidos.

Dicha estandarización no es absoluta. Se mantienen en el presente algunas características propias en varias naciones, como la carencia de un único texto constitucional codificado en países como Reino Unido, Canadá o Israel. Otras distinciones sobre facilidad de modificación,

extensión, regulación de la participación popular, reconocimiento de protagonistas políticos, extensión y alcance de su catálogo de Derechos, e incluso contenido ideológico, todavía se usan para catalogar a las Constituciones del mundo, con mayor o menor objetividad.

Una breve revisión de esas clasificaciones permite identificar dos criterios, señalados por Carpizo como tradicional el primero, y ontológico el segundo[102]. El criterio tradicional se ciñe al análisis del texto, a lo que él regula o describe, a su forma, e incluso a su contenido. Es el seguido por Bryce[103], Schmitt[104], Wheare[105], Wolf-Phillips[106], Verdú[107] y muchos otros. El segundo implica un análisis del texto escrito y la sociedad sobre la que rige, bajo el sustento que una Constitución no es funcional por sí misma, sino que necesita para su aplicación la acción de los sujetos y de las propias instituciones de poder que ella misma regula. Karl Loewenstein fue su principal impulsor, desde la publicación en 1957 de su obra *El poder político y el proceso gubernamental*, traducida al español como *Teoría de la Constitución*[108].

Todas estas clasificaciones se han construido tanto desde perspectivas jurídicas como políticas, y confirman la esencia de la Constitución como eje que enlaza el mundo del Derecho y el mundo de la Política, mediante la síntesis en un mismo cuerpo jurídico del programa político declarativo de las relaciones institucionales de poder, y de la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo de cualquier sociedad contemporánea.

A modo de síntesis se comentan algunas de las más significativas clasificaciones.

---

102 Carpizo, J. (1980) La clasificación de las Constituciones. Una propuesta, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1, n.º 38, 351-75.

103 Bryce, J. (2015) *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, 1ra ed.* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

104 Schmitt, C. (2015) La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución (Tecnos).

105 Clinton Wheare, K. (1951) *Modern Constitutions,* vol. 213, Home University Library (Londres: Oxford University Press).

106 Wolf-Phillips, L. (1972) *Comparative Constitutions | L. Wolf- Phillips | Springer*, 1ra ed., Study in Comparative Policy (Palgrave Macmillan UK).

107 Verdú, P. (1976) *Curso de Derecho político*, 2da ed. (Madrid: Tecnos).

108 Loewenstein, K. (1976) Teoría de la Constitución (Madrid: Ariel).

La más antigua es aquella que las divide en Constituciones escritas y Constituciones no escritas. La primera de ellas, como se menciona al inicio, es la que predomina en todo el mundo, generalizada desde las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII y defendida por Schmitt como icónicas[109]. De hecho, fue esa generalización de las Constituciones escritas la que motivó el surgimiento del constitucionalismo moderno, particularmente a raíz de su transformación de documento político programático a norma jurídica aplicable, y a su posterior entronización como norma suprema del ordenamiento jurídico establecida por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho[110]. La segunda se ejemplifica comúnmente con el Reino Unido, aúnque no es única de este país, y está conformada por leyes estatutarias, Derecho común y costumbres no codificados en un documento único, pero que sí definen la estructura política y el reconocimiento de Derechos.

James Bryce propuso la clasificación de Constituciones rígidas y Constituciones flexibles[111], en dependencia de la facilidad para su modificación, lo que a su vez sirvió para confirmar su posición jerárquica normativa. Rígidas son aquellas cuyo proceso de revisión o modificación se preestablece agravado, diferente del mecanismo de creación de cualquier otra norma jurídica (ya por el procedimiento, ya por el órgano creador), inmodificable por ninguna otra ley. Flexibles son aquellas que aceptan una forma de creación, revisión o modificación similar a la de cualquier otra ley. Hoy día difícilmente podrían identificarse Constituciones flexibles, lo que no impide que algunos textos sean modificados con gran frecuencia, como lo muestran las Constituciones de Colombia o México.

Según las maneras en las que la Constitución describe y organiza la composición espacio-territorial o las autoridades políticas, pueden ser catalogadas en unitarias, federales y regionales. Las unitarias y federales fueron formas clásicas de clasificación en los primeros años del constitucionalismo. Alexander Hamilton, uno de los padres

109 Carl Schmitt reconocía que una Constitución era entendida como tal cuando cumplía los requisitos de ser escrita, declarativa de Derechos y limitadora del poder. Carl Schmitt, Teoría de la Constitución (Alianza Editorial, 2011): 51-57.

110 Kelsen, H. (1979) *Teoría Pura del Derecho,* trad. Roberto J. Vernengo, 1ra ed., Estudios Doctrinales 20 (México D.F.: UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979): 206 y ss.

111 Bryce, J.

fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica, defendió la superioridad de la Constitución federal norteamericana de 1787 como paradigma[112]. Esta clasificación todavía es usada en análisis sobre las relaciones entre los Estados federales y federados, y en las dinámicas vinculadas con la soberanía y las autonomías[113].

Otra clasificación es aquella que distingue entre Constituciones de facto, de hecho, o materiales; y Constituciones de iure, jurídicas o formales. Esta tipificación entiende por las primeras a la propia organización del Estado, la manera en la que está "constituido" y, por tanto, no existe hoy ninguna organización política estatal en la que no pueda reconocerse esta "forma" de Constitución[114]. Las segundas son identificadas como el documento, o conjunto de ellos, escrito, y que se muestra como fuente formal o jurídica del poder. Son estas las que deben ser caracterizadas, según la concepción inicial liberal, por mostrar un sistema de garantías liberales, una división de poderes, y una formalidad de escritura y método. Esta clasificación será retomada más adelante para desarrollar un criterio diferente al aquí descrito.

Vladimir I. Lenin distinguió entre las Constituciones ficticias y las reales o efectivas. Identificó como ficticias aquellas en las que los enunciados de la Carta Magna y la realidad política y social de la nación difieren; y reales o efectivas aquellas en las que no[115]. Esta coincidencia es parte del enunciado desarrollado con posterioridad por Loewenstein, y que le permite describir, entre otras, a las Constituciones como normativas, nominales o semánticas[116], desde un criterio ontológico.

Existen muchas otras clasificaciones: monárquicas o republicanas, burguesas o socialistas, cartas o pactos, racional – normativa o historicista – sociológica, otorgadas o pactadas o impuestas, breves o extensas, superiores o subordinadas, autóctonas o externas,

112 Hamilton, A. (2015). El Federalista, 1ra ed., Clásicos del pensamiento político (Madrid: Akal Editor, 2015)

113 Estupiñán Achury, L. (2011). Federalismos unitarios: Constitución paradigmática y nuevos federalismos, *Revista IUSTA* 2, n. º 35 (2011): 43-52.

114 Valencia Mosquera, V. (2012). El Estado Social de Derecho colombiano: nativo político de una historia híbrida, *Revista Jurídicas* 9, n.o 2 (2012): 91-104.

115 V.I. Lenin, *Obras Completas,* 1ra ed., vol. XI, L vols. (Madrid: Akal Editor, 1976) 25, 62, 65.

116 Loewenstein, K. 205-213.

manifiestas o latentes, bicamerales o unicamerales, parlamentarias o presidencialistas, programáticas o confirmatorias, justiciables o nugatorias, democráticas y no democráticas... Solo en la sistematización de Wolf-Phillips, este autor asume 13 diferentes pares[117]. Jorge Carpizo ofrece una revisión de 16 clasificaciones y plantea además cuatro nuevas opciones[118].

Muchas de esas tipificaciones no describen en realidad al texto constitucional, sino a la forma en la que la sociedad se organiza políticamente. Sin embargo, la doctrina ha asumido dichas clasificaciones como formas de describir *a la* Constitución. Loewenstein, con su comentado criterio ontológico, propuso ampliar esa visión al incluir en el análisis la relación entre el contenido textual constitucional y lo que realmente sucede en la sociedad. Pero lo hace, nuevamente, para clasificar *a la* Constitución. Hoy día resulta necesario criticar esas nociones, y asumir que ni la descripción de la Constitución es suficiente para describir a la sociedad sobre la que rige, ni la enunciación de las características políticas o ideológicas de una sociedad aportan significado de importancia a la clasificación constitucional.

Para evitar la tentación de pretender caracterizar a una nación según su texto constitucional, podemos valernos de un criterio diferenciador entre la Constitución escrita y la real y efectiva manifestación de la sociedad. Para ello ciertamente se puede partir de la reflexión propuesta por Loewenstein, y seguida por autores como Birdat Campos[119], Pablo Lucas Verdú[120], Achával[121] o Quiroga Lavié[122], de identificar el contenido ontológico de las Constituciones en contraste con su contenido formal. Pero una vez hecho esto, se debe tomar un camino independiente de esa propuesta, y que no centre la mirada en el texto, ni en su relación con la sociedad, sino directamente en la sociedad misma.

---

117 Wolf-Phillips, L.

118 Carpizo, J. 375-80.

119 Bidart Campos, G. (1981). Manual de Derecho constitucional argentino (Buenos Aires: Ediar, 1981)

120 Verdú, P.

121 Tagle Achával, C. (1977). Derecho constitucional, 1ra ed., vol. 1, 2 vols. (Buenos Aires: Depalma).

122 Quiroga Lavié, H. (1978). Derecho constitucional, 1ra ed. Buenos Aires: Depalma.

¿Ya ello implica abandonar el campo del Derecho Constitucional? En una visión restrictiva, sí, pues la concepción sobre la Constitución que se ha impuesto históricamente es la del criterio formal de la misma. La posible crítica a esta valoración no está dirigida a los constitucionalistas que fundamentan el actual concepto de Constitución sobre la base esencial del orden fijo e inquebrantable de sus preceptos, sino a aquellos que ven en esta idea un valladar inquebrantable y absoluto, oponible a cualquier intento de interpretación o concepción más genérica.

No se concibe este análisis desde el punto de vista de la interpretación legal de la que puede ser objeto el texto por parte de las instituciones reconocidas para ello, en búsqueda del espíritu del legislador constituyente o el reflejo, alcance o significado que pueda tener algún precepto específico. Sí desde la idea que limitar la Constitución a su aspecto jurídico-formal es no solo limitar su alcance y contenido, sino además negar su significado primario, el núcleo verdadero que la justifica.

Desde la rama del Derecho Constitucional el confinamiento a este aspecto jurídico – formal ha tenido su excusa, toda vez que lo que a este más interesa es el análisis del documento jurídico y de los aspectos que la norma constitucional regula. Excusa sí, pero suficiencia no. El estudio teórico del Derecho Constitucional queda incompleto cuando se confía en la disección del magno texto para caracterizar la estructura constitucional de un Estado sin analizar, sino de soslayo, la materialidad dinámica del mismo. De las tres dimensiones que Ángela Aparisi destaca como imprescindibles en el estudio del Derecho[123], ha prevalecido en esta rama la dimensión normativa, positivista, viéndose relegada a una profundización menor la valorativa y la social.

La anterior deuda puede ser saldada con un acercamiento más completo de ese plano social que constituye la Constitución material. Entenderla cabalmente podrá ubicar a quien investigue estos temas en una posición de mayor aprehensión del fenómeno constitucional enraizado en un Estado. Para ello, debe superarse la idea de Guastini de entender a la Constitución como el código del Derecho Constitucional[124], para ensanchar su comprensión más allá del ámbito meramente normativo.

123 Aparisi Miralles, A. (1992). Introducción al concepto de Derecho, en I*ntroducción a la Teoría del Derecho,* 1ra ed. (Madrid: Tirant lo Blanch, 1992), 25-40.

124 Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de Constitución. Traducido por Miguel Carbonell. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1 (1):161-76.

1. IMPRONTA CATEGORIAL DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

El uso actual del concepto de Constitución material permite no solo la obtención de soluciones jurídicas coherentes, sino también de valoraciones y análisis suprajurídicos e interseccionales en los debates contemporáneos. Muchos de esos debates son realizados desde ciencias no jurídicas, fundamentalmente la ciencia política y la sociología, confirmando el hecho reiterado desde la doctrina que el Derecho Constitucional es la rama que une el Derecho con la política y con la sociedad[125]. Varios autores hacen alusión directa a esta categoría, principalmente desde Alemania, España, Italia, Estados Unidos, Colombia, México o Argentina. Desde antes de la segunda Guerra Mundial Herbert Marcuse, de la Escuela de Frankfurt, criticaba a su profesor Heidegger por no tomar en cuenta en sus análisis la concreta realidad material de la historia en su consecutividad dialéctica. En este sentido el término de Constitución material era usado por Marcuse en la compresión del método fenomenológico y su síntesis con la dialéctica en el análisis de los fenómenos históricos y su materialidad, lo que resume en su frase "la cuestión de la Constitución material de la historicidad"[126].

El argentino Alejandro Médici, desde el llamado giro descolonizador de la teoría constitucional, utiliza la categoría de Constitución material para abordar la justicia de los sistemas constitucionales, contraponiéndola incluso a concepciones generalizadas de teorías de constitucionalismo procedimental, discursivas del Derecho o fundamentadas en la democracia deliberativa[127]. Realiza esto sobre el entendimiento que el Derecho Constitucional y la Constitución en sí misma representan la normatividad jurídica, pero orientada por la verdad práctica material "de producción, reproducción y desarrollo de la vida). Para fundamentar ese criterio se apoya en el pensamiento de autores como Hinkelammert, Dussel y Ellacuría, que indagan en los principios materiales de fundamentación filosófica y ética para la elaboración de juicios críticos de la actividad humana.

---

125 Sobre este particular, Javier Pérez Royo, 2007. *Curso de Derecho constitucional*. 11.ª ed. Manuales Universitarios. Madrid: M. Pons.

126 Marcuse, H. y Romero Cuevas, J. (2010). *Herbert Marcuse y los orígenes de la teoría crítica*. 1ra ed. Clásicos europeos. Madrid: Plaza y Valdés Editores: 114.

127 Medici, A. (2016). Constitución material y justicia política. *Revista Política Latinoamericana* 0 (2):1-20. 4

Entre los elementos que defiende este autor está el reconocimiento del Derecho como un producto cultural, e incluso de *reacción* cultural, en respuesta a las necesidades de producción, reproducción y desarrollo de la vida social, lo que concreta mencionando que aúnque el Derecho permite “expresar en reglas y principios jurídicos un cierto reparto de potencias e impotencias de vida para el acceso a los bienes satisfactores de necesidades, finalmente existe una realidad referente material de esa proliferación simbólica del Derecho.”

Además, bien explica Sánchez Sánchez[128] cómo la contradicción entre el carácter normativo de la Constitución y la materialidad que encierra el desarrollo necesario de su contenido han sido elementos propiciadores de la interpretación constitucional; y que la necesaria acción de un juez ordinario impartiendo justicia a un caso concreto le obliga, en aplicación de esa interpretación, a analizar la realidad material, el contexto legal que la regula y luego cotejar todo ello con el contenido constitucional formal.

Esta prelación de órdenes de apreciación es consustancial a la aplicación del Derecho. La realización de juicios de valor jurídico y normativo tienen que pasar primero por la realización de juicios de valor racional, y los juicios de valor racional dependen del análisis de la objetividad material de cualquier situación concreta. Ello conduce a que el juicio de valor que realizan los jueces, a cualquier nivel, depende de la materialidad del fenómeno que analizan. En Ecuador, el artículo 54 del COIP obliga al juez a individualizar la sanción que dictará según las circunstancias del delito y las características del comisor. Cuando en el artículo 89 del COGEP se obliga al juez a motivar las sentencias, se refiere primero a la enunciación de razonamientos fácticos y luego a los jurídicos; primero a la apreciación y valoración de la prueba y luego a la interpretación y aplicación del Derecho.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional hace mención expresa en sus artículos del 113 al 123 al control constitucional material, además del formal, y se establece ella misma, en sus considerandos iniciales, como herramienta necesaria para examinar esa constitucionalidad material. La aprobación del Código Orgánico de la Función Judicial se fundamentó, expresamente, en la falta

128 Sánchez Sánchez, A. (2017). Interpretación constitucional. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad* 0 (13):211-20.

de correspondencia de la Ley Orgánica de Función Judicial anterior con «la realidad social del Ecuador del siglo XXI».[129]

Es la misma idea que desarrolla García Amado, cuando refiriéndose a la Constitución material incluye el orden de valores de carácter objetivo de las sociedades, lo que le imprime un contenido también axiológico a estas Constituciones[130]. En adición, este autor señala que una Constitución no se vuelve más "material" por contener garantías específicas de sus normas y Derechos, ni porque sean más directamente aplicables, y sí probablemente por una mayor presencia de sistemas morales concurrentes entre texto y realidad social, que llene de contenido las necesarias interpretaciones jurídicas del texto en su aplicación jurisdiccional. También cuando las normas enunciadas alcanzan a ser aplicadas de forma absolutamente directas, incluso sin mediación legal, con toda la discrecionalidad de sus aplicadores. Es a esto a lo que Fernández Bulté llamaba "realización del Derecho", una sintonía coherente entre la reglamentación jurídica positiva y la reproducción cotidiana y espontánea de conductas sociales, lo que el propio Bulté identifica como máxima expresión posible de validez y eficacia jurídica.[131]

Algunos acercamientos doctrinales contemporáneos a la Constitución material llegan incluso al estudio de realidades supranacionales. Tal es el caso de la propuesta de Julián Arato sobre la apreciación de la regulación "constitucional" de las Naciones Unidas[132]. Otros constitucionalistas europeos entienden necesaria la extensión de la concepción constitucional nacional en conjunción con la realidad que impone la dinámica comunitaria.

A. Lasa López y A. García Ortiz declaran la ineficacia de los parámetros jurídico-normativos usados por la doctrina constitucional para el análisis de la realidad del Derecho Constitucional español en relación con el Derecho Constitucional comunitario europeo, dinamizado con sus Tratados, Protocolos, Carta de Derechos, Directivas, Reglamentos

---

129 Asamblea Nacional del Ecuador. 2009. *Código Orgánico de la Función Judicial.*

130 García Amado, J. (2008). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En *Controversias constitucionales*, 24-69. Bogotá: Universidad del Rosario.

131 Julio Fernández Bulté, 2001. *Teoría del Estado y del Derecho.* 1ra ed. Vol. 2. Teoría del Derecho. 2 vols. Ciencias Jurídicas. La Habana: Editorial Félix Varela.

132 Arato, J. (2012). Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations. *International Journal of Constitutional Law* 10 (3):627-59.

comunitarios y otras normativas europeas. Dichos autores reconocen la falencia dentro los estudios actuales de Derecho Constitucional de elementos como la Constitución material, la Constitución económica y los sistemas de fuentes, entre otras[133]. Para ellos, una de las razones de la ausencia del estudio de la Constitución material es que para asumirla habría que hacer un reconocimiento de la asimetría relacional de la sociedad contemporánea, pues la perspectiva tradicional de abordaje constitucional de los conflictos sociales pretiere elementos que dicha noción dejaría en absoluta evidencia.

Otro acierto de estos autores en el análisis del constitucionalismo español, que puede ser extendido a cualquier revisión constitucional en el espacio europeo, es el que pretende el cotejo ya mencionado antes entre la Constitución formal nacional y la Constitución material que se impone desde las condiciones de supranacionalidad que implica asumir un espacio comunitario, con toda su instrumentación de tratados, protocolos, directivas, reglamentaciones, Derechos comunitarios e instituciones supranacionales de regulación, reglamentación y control. Ello, efectivamente, cambia la realidad material nacional efectiva de los ciudadanos pertenecientes a esos Estados asociados a nivel comunitario, así como la propia noción del Derecho positivo nacional. Cambia asimismo la percepción jurídica formal de la Constitución, en cuanto ella no regula elementos que sí consagran otras normativas comunitarias, y que por tanto se constituyen en atribuciones y Derechos del ciudadano de forma efectiva, aúnque no constitucional. Este análisis podría argumentar una defensa o fundamentación racional normativa desde el formalismo de la noción del bloque de constitucionalidad, que amplía el contenido de la Carta Magna más allá de su letra, pero evidencia una convención fáctica de realidades legítimas, incluso jurídicamente, al margen de la Constitución formal del Estado. Para Lasa López y García Ortiz, la Constitución material comunitaria, que por su apuesta a la libertad y movilidad de mercado identifican con un constitucionalismo de mercado, condiciona y contradice en ocasiones a las propias Constituciones formales de los Estados miembros de la Unión Europea.

133 Lasa López, A. y García Ortiz, A. (2016). Alternativas a la investigación dogmática constitucional tradicional desde el Derecho Europeo. En XIV *Jornades de Xarxes d´Investigació en Docència Universitària*, 100-116. Alicante: Universidad de Alicante. Instituto de Ciencias de la Educación. 102.

De hecho, el conflicto que recientemente se manifiesta en Cataluña, en su búsqueda de independencia, evidencia la concreción más evidente de la contradicción entre la Constitución material española, sustentada en la existencia histórica de comunidades autónomas y en el reconocimiento de su particular identidad cultural; y la Constitución formal española de 1978, basada en realidad en la concepción de organización provincial y articulación de acción política centralizada. A esta contradicción particular del caso español hace referencia Pérez Royo, y afirma que como resultado de ella se suman disfuncionalidades consecutivas que han causado una crisis en el sistema constitucional español[134]. Esta línea de contradicción entre la Constitución formal y la Constitución material en España es también ahondada con acierto por Jiménez Campo en su obra *Contra la Constitución Material*[135].

Otro interesante acercamiento a la Constitución material, también desde el ámbito comunitario europeo, viene de la mano de Herrero de Miñón, que propone llegar al entendimiento de realidades materiales de la sociedad a partir de enunciados formales de la Constitución. En particular, el reconocimiento de dinámicas materiales de la realidad económica quedan expuestas, aúnque muchas veces de forma encubierta según el autor, en la Constitución económica formal[136]. Esto lo lleva a afirmar la existencia de una "Constitución material implícita" en los textos formales, que el autor aterriza en la existencia de una Constitución económica material haya o no Constitución económica en sentido formal. En esta misma dirección, Cancio Meliá afirma que puede hablarse sin tapujos desde hace bastantes años de la existencia de una Constitución económica europea material que fundamenta toda la actual normatividad comunitaria[137].

2. DESGRANANDO LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

¿Qué elementos se pueden destacar como componentes de la Constitución material, que más que reflejo de la sociedad, es la sociedad en

134 Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable*. 1ra ed. Madrid: Catarata.

135 Jiménez Campo, J. (1997). Contra la Constitución Material. En *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, 1:42-54. Madrid: Tecnos.

136 Herrero de Miñón, M. (1999). La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57:11-32. 12.

137 Cancio Meliá, J. (2002). La Constitución económica: promesas incumplibles. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 0 (7):49-101. 92.

sí misma? Para responder a esta pregunta habrán de usarse elementos que ha utilizado la doctrina en el estudio de la ciencia del Derecho, así como algunas ideas más abarcadoras y generales propias de las ciencias sociales y políticas.

Como premisa podemos rescatar la idea que sobre el tema aporta Miguel Carbonell, que afirma que detrás de toda Constitución en sentido formal existe una base de fuerzas económicas, políticas, sociales y espirituales que la fundamentan, que le son anteriores, y que permanecen latentes de forma permanente[138]. Esta latencia permite asumir que la dinámica social constantemente podría reproducir un texto formal constitucional, que sería su reflejo.

De hecho, la esencia material de relaciones y conductas sociales, económicas, políticas, culturales y espirituales de una sociedad debe ser la base de su juridificación normativa, y no otra. De forma general, las regulaciones jurídicas e incluso constitucionales se han planeado siempre desde posiciones materialmente establecidas en la fase previa a dicha reglamentación jurídica o constitucional.

Las fuerzas sociales, políticas, económicas y espirituales que antes refiere Carbonell pueden ser identificadas como los sujetos protagonistas de la Constitución material, aúnque puedan o no estar reconocidos en la enunciación del texto formal. La Constitución material no tiene sujetos sobre los que recaiga una disposición, regulación, o mandato; pues ella no dispone, ni regula, ni manda. Tampoco conoce un sujeto creador específico, singularizado, "poder constituyente", del que emanen sus criterios; y mucho menos de un procedimiento determinado. Sus protagonistas y artífices son a la vez destinatarios, sin ningún intermedio de intencionalidad ni funcionalidad buscada. Es toda la sociedad y no solo la ciudadanía con su carga restrictiva de requisitos de cedulación, ni los grupos sociales dominantes, ni los "representantes" de nadie. Desborda incluso la noción tradicional de sistema político y de sociedad civil, desgranándolos, llegando a cada relación social que se establece dentro del Estado, no entre sus súbditos, sino entre todos los que a través de cualquier vínculo se encuentren a él relacionados. En la medida en que estas relaciones sociales

138 Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 1ra ed., Serie G: Estudios Doctrinales 197 (Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998). 152.

adquieren significación, de cualquier índole, tendrán entonces mayor relevancia en la Constitución material del Estado.

Su objeto, las relaciones de poder y dominación, las interacciones entre los diferentes grupos sociales, las correlaciones de fuerza que se manifiestan, no tienen disimulos, ni enfoques interpretativos, en la Constitución material, como pudieran tenerla en una Constitución escrita. Todo ello ***es*** la Constitución material, que concreta lo cotidiano en una relación dialéctica constante y transformadora, variable a cada nuevo instante y, por tanto, imposible de definir y plasmar en un texto rígido, previsto para regir hacia el futuro. Una Constitución escrita puede idealizar, proponer, propiciar. La Constitución material se muestra tal y como es, práctica, a veces en crisis, a punto de cambios cuantitativos, pero nunca en proyección futura, ni estancamiento.

La Constitución material no reconoce ni prescribe "poderes" al estilo orgánico clásico, sino *relaciones de poder* en una concepción más universal. Deja en evidencia las interacciones sociales, económicas, y políticas de la sociedad. Demuestra cómo el foco de poder verdadero, encubierto perspicazmente en las Constituciones formales, es en realidad el capital económico. En América Latina ese foco se encuentra, además, en las aristocracias criollas que históricamente han amasado un capital simbólico de poder que condiciona y caracteriza las relaciones de colonialidad interna.

Esta transparencia de la Constitución material permite escudriñar en ella el criterio de regulación estatal y política, que es uno de los ejes medulares de la Constitución formal. Dicha búsqueda parecería compleja, pero al final resulta en extremo sencilla: aquello que la sociedad reconoce como poder, como órganos de dirección, regulación o liderazgo, como guías políticas, se traducirá inmediatamente en criterios de legitimidad y consenso de esas instancias de poder, e incluso podrán evidenciar, como fundamenta Kohan, hegemonía a nivel nacional[139]. Esas instancias pueden haber sido creadas con anterioridad, jurídicamente avaladas, y también pueden ser nuevas estructuras u organizaciones resultantes del enfrentamiento político, social, económico o ideológico.

Sobresale la lógica que para lograr su estabilidad, su institucionalidad, su jerarquía, la Constitución formal instituye formas acordes con las

139 Kohan, N. (1999). Gramsci y Marx. Hegemonía y poder en la teoría marxista, Utopías, nuestra bandera: *Revista de Debate Político*, n.º 182 (1999): 317-59.

cuales se podrá ejercer oposición a sus postulados, como las cláusulas de reforma, los criterios de intangibilidad constitucional y las garantías constitucionales de superioridad. Esta particular y necesaria característica no encuentra par en la Constitución material. La Constitución material no respeta ni necesita reglas, ni procederes, ni formalidades.

En cuanto a las fuentes, se cumple en la Constitución material algo que pudiera ser visto con recelo o como ideal: la propia acción común de los hombres y mujeres de la sociedad son su origen. El cotidiano hacer y deshacer de los sujetos en su vida habitual, relacionándose entre sí, logrando imposiciones y siendo víctimas de otras imposiciones, en muestra de una identidad, una cultura y una ideología.

Sobre el alcance de la Constitución habría que resaltar que, si bien formalmente esta tiene una función reguladora de la vida sociopolítica e ideológica, de limitación y garantía del poder, no puede identificarse algo parecido en su comprensión material. La Constitución es la vida sociopolítica e ideológica, pero como ya se expresó, ni se proyecta ni es utilitaria. Desde la perspectiva de su alcance, sí interesa señalar cómo la Constitución formal resulta muchas veces en una aplicación insuficiente, indirecta, referencial, o directa pero casuística, cuando no incierta, y en algunos casos, nula. Tal efecto resulta de su contenido declarativo. La Constitución material, por el contrario, tiene un alcance total, constante y enraizado en la realidad social y en cada una de las relaciones humanas que adquieren relevancia dentro y fuera del Estado. La Constitución material es todo lo inclusiva que pueda concebirse, oponible incluso al texto constitucional formal que históricamente se ha caracterizado como parcial, discriminatorio y falsamente englobador[140].

Los valores, principios y aspiraciones de la sociedad nunca podrán ser falseados en la Constitución material. No se necesita llegar a consensos o sacrificar intereses para que se aprecie la voluntad de un grupo, una minoría, una clase o un sector de la población. Tal como son, se muestran los propósitos de quienes componen la sociedad. Este ha

140 Esta idea ya ha sido aceptada por las máximas instancias de jurisdicción constitucional en algunos países de Latinoamérica. La sentencia 588 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia hace mención y apelación directa a la Constitución material, en su análisis sobre la reelección presidencial, hace referencias a elementos constitutivos constitucionales que no tienen por qué aparecer taxativamente en el texto, siempre que reflejen la voluntad del constituyente. (Corte Constitucional de Colombia, 2009)

sido tal vez uno de los contenidos más excluido del ámbito constitucional formal: el espíritu popular. La idea del *volksgeist*, o espíritu del pueblo hegeliano[141].

3. REALIDAD TANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

Al inicio se comentaba sobre la veracidad de las Constituciones. Vale señalar que hay contenidos, elementos y relaciones que no serían declaradas en las Constituciones tradicionales, las cuales todavía reproducen parte del esquema liberal en el que surgió el Estado de Derecho contemporáneo. El reconocimiento de esos contenidos, elementos y relaciones desnudaría el carácter desigual e injusto del sistema que regulan; y por tanto el propio sistema los trata de camuflar desde el origen en Norteamérica y Europa del constitucionalismo escrito. La permanente inequidad económica, la esencia elitista y caudillista de dominación social, la falsedad del contenido participativo de la representación política, o la exclusión y la manipulación política que permite el diseño político contemporáneo, son ejemplos, de entre los cuales Morelli profundiza algunos en la región sudamericana[142]. En la Constitución material estas contradicciones no se ocultan, pues se evidencian en la cotidianidad, y se manifiestan en la reproducción social, económica, política, cultural, ideológica, e incluso religiosa. No existe falta de veracidad en la Constitución material

La Constitución formal refleja el pasado que "fue" al momento de su promulgación; y aúnque pocas veces deja de mostrar una proyección ideológica perspectiva, su función es generalmente la de perpetuar la situación fáctica en la que es creada. En contadas ocasiones el texto constitucional se ha utilizado como herramienta de cambio social con una proyección futura de transformación[143], y lo que en realidad generalmente hace es describir una correlación existente de intereses y voluntades. La Constitución material no refleja nunca el pasado: es

141 Contreras, F. (2001). La Idea de Espíritu Del Pueblo En F.C.V. Savigny, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 35 (2001): 161–187.

142 Morelli, F. (2007). Entre el antiguo y el nuevo régimen. La historia política hispanoamericana del siglo XIX., *Historia Crítica 33:* 122-55.

143 Una opinión sobre un cambio en este sentido puede leerse en Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal., *Revista general de Derecho Público comparado* 9 (2011): 1-24.

siempre el presente. En ella se asumen las perspectivas, intereses y aspiraciones futuras, pero siempre sobre la base de lo que *es* y no de lo que *fue*. Su dinamismo es constante y absoluto en una relación que el propio Schmitt, reconoce a inicios del siglo XX como de "continuamente renovada formación".[144]

De hecho, para Carl Schmitt dentro de la Constitución escrita pueden identificarse dos clases de preceptos diferentes: los materialmente constitucionales, reflejo de la directa voluntad política del pueblo soberano encarnado en Poder Constituyente, inmodificables desde cualquier otro órgano; y aquellas que forman parte del texto para complementarlo y articularlo, a las que identifica como leyes constitucionales, y que sí pueden ser revisadas e interpretadas por un Poder Constituido. Esta visión de Schmitt es cuestionable desde su percepción de un momento fundacional único, de un Poder Constituyente primario que se diluye luego en la colectividad social. En realidad, ese Poder Constituyente debería ser asumido como constante, permanente, y por tanto la materialidad de la Constitución que refleja no solo queda en el texto escrito que se elabora formalmente en un proceso político de refundación nacional, sino que sigue siendo el reflejo constante de dicho Poder Constituyente.

Desde otra arista, la legitimidad de la Constitución formal será, desde el criterio comparativo con la Constitución material, siempre derivada. Más allá de los mecanismos de legitimación que puedan desarrollarse durante la elaboración y aprobación de una Carta Magna, esta siempre será redactada por "representantes" que no pueden siquiera pretender abarcar todo el universo de criterios de la totalidad de los miembros de la sociedad. La legitimidad directa que teóricamente adquieren las Constituciones con su aprobación mediante referendo, es formal y poco englobador en comparación con la verdadera dinámica cotidiana de la sociedad. Además, estará limitada a un momento histórico determinado, a una sectorización ideológica momentánea, y al resultado de la manipulación efectiva de los medios de comunicación. En contraposición, la Constitución material no conoce de intermediarios, no tiene otra forma de manifestarse que no sea directamente. Se concreta dando igual protagonismo a cada individuo de la sociedad, sin importar nivel escolar, proyección política, situación económica, etnia, género.

144 Schmitt, 31.

Desde el punto de vista de la relación con el resto del entramado normativo del ordenamiento jurídico, también se establecen dicotomías entre la Constitución formal y la Constitución material. En el plano formal, Constitución es Ley Fundamental, texto supremo, cúspide del ordenamiento jurídico. Aún así, se entiende que al fenómeno constitucional le son inherentes muchas de las normas que abarcan los principales aspectos de la vida política y social del Estado, como las leyes electorales, las de regulación de los sujetos políticos, las que establecen o amplían Derechos humanos, entre otras. Muchas de estas normas son reconocidas como de jerarquía constitucional, como ocurre en Guatemala y Nicaragua, o se conciben dentro del llamado bloque de constitucionalidad que incluye incluso los tratados internacionales en materia de Derechos humanos. Pero hasta aquí la permeabilidad jurídica. Toda ella se blinda con los criterios de rigidez de su modificación e intangibilidad de su contenido. La Constitución material, por el contrario, se encuentra en relación permanente con todo el ordenamiento jurídico. Desde la mayor hasta la menor de las normas legales la enriquece, influye, afecta o contradice. Aquí es donde mejor se puede apreciar la realización del Derecho como aprehensión y reproducción del mismo por parte de la sociedad.

Esa mencionada dimensión de la *realización* del Derecho se evidencia en el análisis de la Constitución material, tanto en sus aristas de aplicación estatal como del cumplimiento espontáneo por parte de sus destinatarios; pues esa realización es en realidad su propia esencia. La Constitución material es, en esta dimensión, la conducta natural de la sociedad. Si esa conducta se comprueba ajustada a la regulación jurídica de las normas formales, evidencian la realización del Derecho. Si no lo está, es porque la norma jurídica formal puede ser señalada de ineficaz. La Constitución material se constituye entonces en el patrón comparativo para evaluar la eficacia y eficiencia de las normas jurídicas formales del ordenamiento normativo de una nación.

Esta correspondencia incluye además una relación opuesta a la siempre apreciada desde la doctrina, sobre el necesario reflejo que la Constitución formal ha de ser de la Constitución material. La Constitución material se ve de hecho matizada, influenciada también por la Constitución formal que rige a la sociedad. Esta contraparte, que vale la pena que sea resaltada, es la base sobre la que se asienta la idea de utilizar a la Constitución formal como herramienta de cambio, como vía para influir en los procesos de transformación de una sociedad, para alentar una forma de ser, pensar y actuar. De hecho, la

Constitución material es afectada e influida no solo por la regulación normativa vigente, sino también por la práctica judicial, las decisiones que emanan de la potestad reglamentaria de la administración, las relaciones internacionales y las dinámicas de funcionamiento político local, entre otras.

Lo anterior permite comprender como la Constitución formal, en su concepción moderna, nace en realidad como resultado de la exigencia política y jurídica de adecuación con la Constitución material. De hecho, la Constitución formal no es más que el resultado de la ruptura de la Constitución material con la Constitución formal anterior. Cuando esa ruptura se hace evidente, se concreta la necesidad de modificación de la Constitución formal, ya sea mediante reformas o a través de un proceso constituyente, para adecuarla a la Constitución material. Con respecto a esto Lassalle afirmaba que la falta de correspondencia entre ambas Constituciones genera, de forma inevitable, un antagonismo que no hay forma de evitar, "en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país."[145] Sólo el mecanismo de mutación constitucional permite cierto acercamiento coherente de la Constitución formal con relación a la Constitución material sin exigencias de modificación.

Sobre este tema resulta interesante el acercamiento que realizan Walmott Borges y otros en su artículo "Un balance de los sistemas de control de constitucionalidad como instrumento de garantía de las Constituciones material y formal"[146], que identifica a los mecanismos de control constitucional como una herramienta para el acercamiento entre la realidad de ambas.

4. CONCLUSIONES

Todo lo hasta aquí expuesto justifica el porqué la Constitución no puede reconocerse solamente como cúspide del ordenamiento jurídi-

145 Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?*, trad. Wenceslao Roces, 1ra ed., Ariel Derecho (Barcelona: Ariel): 56.

146 Corrêa, A., Macêdo, L., Borges, L.W., Montoya Zuluaga, J. y Guimarães Pinhão, K. (2017). Un balance de los sistemas de control de constitucionalidad como instrumento de garantía de las Constituciones material y formal. REI - *Revista Estudos Institucionais* 3 (1):525-61.

co de un Estado, bajo una visión formal: tiene que ser entendida también como fundamento de todo el andamiaje jurídico y político del país, de forma material, o no será nunca una norma válida y eficaz. La noción de fundamento del ordenamiento jurídico solamente puede ser alcanzada cuando se logra sintonía entre la Constitución formal y la Constitución material. Por ello, la Constitución material debe ser la base de la juridificación de relaciones y conductas de la sociedad. La Constitución formal será el reflejo de esa juridificación, el techo que cubre y ofrece seguridad jurídica a las relaciones que se desenvuelven en la sociedad. Refiriéndose a ello es que Pérez Royo afirma de forma categórica que la Constitución es, en realidad, la Constitución material, y que debe ser este el modelo de Constitución del siglo. En este sentido termina afirmando: "La Constitución formal o escrita es un mal necesario (...). Su fuerza normativa frente a la Constitución material es nula."[147]

No habrá, por tanto, formalidad alguna que niegue la supremacía de la Constitución material: esta es el verdadero reflejo de una sociedad. Oponer a ella, incluso, alegatos de legalidad, podrá ser técnico, pero bajo estas fundamentaciones no debería ser aceptado como jurídicamente válido. Esta propuesta muy seguramente tendrá detractores absolutos, pero permite una solución axiológica, deontológica y racional directa que el positivismo jurídico no ofrece.

Cuando se pretenda el análisis con perspectiva jurídica o política de una nación determinada, y se escruten las relaciones internas que en ella se desarrollan, será la Constitución material la que mostrará la verdad más confiable. Toda interpretación que se realice bajo el prisma analítico del Derecho o la Política a una sociedad deberá tomar a la Constitución material como objeto, si pretende resultados irrefutables.

El análisis de su dicotomía con la Constitución formal es particularmente válido si se desea ahondar en la esencia constitucional de una nación. Su discernimiento resulta imprescindible para la comprensión de una sociedad determinada, y permite establecer criterios para una interpretación racional y coherente del texto constitucional como reflejo de la realidad social, política, económica, ideológica y cultural de un Estado.

147 Pérez Royo, J. 102.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Achával, C. (1977). *Derecho constitucional,* 1ra ed., vol. 1, 2 vols. (Buenos Aires: Depalma)

Aparisi Miralles, A. (1992). *Introducción al concepto de Derecho, en Introducción a la Teoría del Derecho*, 1ra ed. (Madrid: Tirant lo Blanch)

Arato, J. (2012). Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations. *International Journal of Constitutional Law* 10 (3): 627-59.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial.

Bidart Campos, G. (1981). *Manual de Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Ediar)

Bryce, J. (2015) *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, 1ra ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Cancio Meliá, J. (2002). La Constitución económica: promesas incumplibles. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 0 (7):49-101. 92.

Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 1ra ed., Serie G: Estudios Doctrinales 197 (Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas).

Carpizo, J. (1980). La clasificación de las Constituciones. Una propuesta. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1, n.º 38

Clinton Wheare, K. (1951). *Modern Constitutions,* vol. 213, Home University Library (Londres: Oxford University Press).

Contreras, F. (2001). *La Idea de Espíritu Del Pueblo en F.C.V. Savigny*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 35

Estupiñán Achury, L. (2011). Federalismos unitarios: Constitución paradigmática y nuevos federalismos, *Revista IUSTA* 2, n.º 35

Fernández Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado y del Derecho.* 1ra ed. Vol. 2. Teoría del Derecho. 2 vols. Ciencias Jurídicas. La Habana: Editorial Félix Varela

García Amado, J. (2008). *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores.* En Controversias constitucionales, 24-69. Bogotá: Universidad del Rosario.

Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de Constitución. Traducido por Miguel Carbonell. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1 (1):161-76.

Hamilton, A. (2015). *El Federalista,* 1ra ed., Clásicos del pensamiento político (Madrid: Akal Editor)

Herrero de Miñón, M. (1999). La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 57:11-32. 12.

Jiménez Campo, J. (1997). *Contra la Constitución Material.* En Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico, 1:42-54. Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho, trad. Roberto J. Vernengo,* 1ra ed., Estudios Doctrinales 20 (México D.F.: UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas)

Kohan, N. (1999). Gramsci y Marx. Hegemonía y poder en la teoría marxista, Utopías, nuestra bandera: *Revista de debate político,* n.º 182

Lasa López, A, García Ortiz, A. (2016). *Alternativas a la investigación dogmática constitucional tradicional desde el Derecho Europeo,* En XIV Jornades de Xarxes d´Investigació en Docència Universitària, 100-116. Alicante: Universidad de Alicante. Instituto de Ciencias de la Educación. 102.

Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?,* trad. Wenceslao Roces, 1ra ed., Ariel Derecho (Barcelona: Ariel)

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (Madrid: Ariel)

Lucas Verdú, P. (1976). *Curso de Derecho político*, 2da ed. (Madrid: Tecnos)

Marcuse, H. y Romero Cuevas. J. (2010). *Herbert Marcuse y los orígenes de la teoría crítica*. 1ra ed. Clásicos europeos. Madrid: Plaza y Valdés Editores.

Medici, A. (2016). Constitución material y justicia política. *Revista Política Latinoamericana* 0, n.º 2: 1-20.

Morelli, F. (2007). *Entre el antiguo y el nuevo régimen. La historia política hispanoamericana del siglo XIX*, Historia Crítica 33.

Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable*. 1ra ed. Madrid: Catarata.

Pérez Royo, J. (2007). *Curso de Derecho constitucional,* 11.ª ed., Manuales Universitarios (Madrid: M. Pons)

Quiroga Lavié, H. (1978). *Derecho constitucional,* 1ra ed. (Buenos Aires: Depalma)

Sánchez Sánchez, A. (2017). Interpretación constitucional. EUNOMÍA. *Revista en Cultura de la Legalidad* 0, n.º 13: 211-20.

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* (Tecnos).

Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución* (Alianza Editorial)

V.I. Lenin, (1976). *Obras Completas,* 1ra ed., vol. XI, L vols. (Madrid: Akal Editor)

Valencia Mosquera, C. (2012). El Estado Social de Derecho colombiano: nativo político de una historia híbrida., *Revista Jurídicas* 9, n.o 2

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal, *Revista general de Derecho Público comparado* 9

Wolf-Phillips, L. (1972). *Comparative Constitutions* | L. Wolf- Phillips | Springer, 1ra ed., Study in Comparative Policy (Palgrave Macmillan UK)

Recibido: 10/08/2017

Aceptado: 27/11/2017

Mgtr. Abraham Zaldívar Rodríguez: Docente titular de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Correo electrónico: azaldivar@puce.edu.ec

Una Triada Compleja en Derecho: Moral, Pedagogía y Vinculación con otras Ciencias

A Complex Triad in Law: Moral, Pedagogy and Link with other Sciences

Cynthia Mishel Gudiño Flores
Investigadora Jurídica, Cevallos & Noboa

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 257-283, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la concepción tradicional del Derecho como un sistema totalmente autónomo y deslindado de otras áreas del saber, además de la falta de innovación en la forma de enseñanza de esta ciencia, ocasionan graves consecuencias negativas en los conocimientos y en la manera de pensar de los estudiantes de Derecho, posteriormente en los juristas. Con el fin de desarrollar un nuevo modelo de enseñanza que corrija todas las falencias del modelo tradicional y asegure la adquisición de conocimientos apropiados y prácticos, tanto del Derecho como de las ciencias con las que se relaciona constantemente. Se realiza este ensayo, basado en una investigación profunda que permite analizar la incidencia de la moral, el estilo de enseñanza y la vinculación del Derecho con otras ciencias. Al considerar al Derecho como un sistema dinámico y versátil, se sabe que necesita vincularse con otras áreas del saber y que recibe influencia de los principios humanos más innatos.

PALABRAS CLAVES: falta de innovación, incidencia, vinculación, practicidad, moral.

ABSTRACT: the material Constitution can be understood as the daily dynamiThe traditional idea about Law as a pure autonomous and delimited system of other areas of knowledge, and the lack of innovation in the way of teaching it, have serious negative consequences on the knowledge and thinking of Law students, therefore in jurists. In order to develop a new teaching model to help to correct all the shortcomings of the traditional model and ensure the achievement of appropriate and practical knowledge of Law and the sciences with it is constantly related; this essay is

carry out based on a thorough investigation that allows analyzing the incidence of morality, teaching style and the linking of Law with other sciences. Considering Law as a dynamic and versatile system, it is known that it needs to be linked to other areas of knowledge and that it is influenced by the most innate human principles.

KEY WORDS: lack of innovation, incidence, linking, practical, morality.

INTRODUCCIÓN

La complejidad y la variedad de factores que componen el sistema de Derecho, permiten su estudio a través de una innegable relación con otras ciencias y la influencia de las diferentes áreas del saber humano. Al mismo tiempo, la forma de enseñanza del Derecho, desempeña un rol fundamental. Futuros juristas deben ser producto del establecimiento de una metodología enfocada en asegurar la transferencia efectiva de conocimientos.

Además, *determinar los límites de influencia de la moral y la lógica en las decisiones y argumentaciones judiciales, es importante para entender cómo las autoridades administran justicia. Todas las personas tienen ciertas expectativas respecto a un caso judicial en particular y para satisfacer las necesitan que el juez actúe de una única manera que les favorezca, es decir, en la motivación de sentencia, el juez debe encontrar las razones suficientes para estar de acuerdo con una de las partes y no con la otra. Sin embargo, esta motivación de conductas funciona en doble sentido: mientras los abogados de las partes (actora y demandada) intentan exponer sus mejores argumentos para lograr que el juez emita una sentencia a su favor; las leyes emitidas por los legisladores motivan a todos los ciudadanos a comportarse de una manera en particular para no ser sancionados.*

En *este sentido*, describir las semejanzas y la correlación presente entre las distintas ciencias, como la Economía y el Derecho, permite el entendimiento óptimo de cada sistema y el punto en común entre los dos: la praxeología, el estudio del accionar humano. El Derecho y la Economía estudian al ser humano únicamente mientras actúa, entonces, el Derecho propone soluciones a los conflictos de intereses que se generan a partir de las distintas acciones humanas que se encuentran en una constante interacción. Mientras que la Economía, estudia la conducta humana en relación con sus medios y fines, en el

marco de la escasez. Las dos ciencias se complementan mutuamente y cualquier cambio que se produzca en la una afecta inevitablemente también en la otra. La Economía, entonces, constituye una de las mayores fuerzas modeladoras del Derecho.

A partir de lo expuesto, se desarrollarán tres secciones que permitirán comprender mejor la relación entre el Derecho, la moral, la pedagogía y la vinculación con otras ciencias: *¿Rol existente o nulo de la moral en el Derecho?*, con el fin de determinar con mayor exactitud la influencia que ejerce la moral en el ámbito del Derecho; *forma de enseñanza del Derecho*, para distinguir las principales técnicas que se deben aplicar al momento de educar a los estudiantes en la ciencia jurídica; y finalmente, *relación del Derecho con otras ciencias, especialmente con la Economía*, para establecer la vinculación y la forma de razonar en estas dos ciencias, sobre todo en el Derecho, para que un juez sea capaz de emitir una sentencia justa y eficaz.

1. ¿ROL EXISTENTE O NULO DE LA MORAL EN EL DERECHO?

Una de las problemáticas más controvertidas y complejas es, sin duda, la relación entre Derecho y moral. Estos órdenes normativos son diferentes y están fuertemente demarcados. Sin embargo, no son aislados.

El Derecho demuestra que a lo largo de la historia ha sido decididamente inmoral en un sinnúmero de ocasiones, o más bien, las normas jurídicas han avalado y protegido toda clase de injusticias e inequidades, acordes a la moral de su tiempo. Los Derechos que son definidos a través de principios, pertenecen en parte, a la forma de vida de una cultura, es decir, a la moralidad de una comunidad específica, más no al ordenamiento jurídico. Antonio Pérez[148] expresa el efecto del rechazo de las tendencias moralizadoras del Derecho: la desatención de las urgentes demandas de las sociedades actuales. Así, la relación entre Derecho y moral es el planteamiento de un sistema jurídico que tiene legitimidad cuando sus normas están dotadas de una justificación ética aceptable[149]. Sin embargo, en la actualidad no existe un gran sistema universal de ética, sino que más bien está en un proceso de redefinición.

148 Pérez, A. (1991). *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho*, 1991, 83-97.

149 Zaragoza, J. (2007). Derechos penitenciarios (México: Editorial Lazcano, 2007.).

En términos bastante amplios, se considera que lo legal es bueno y justo, mientras que lo ilegal es malo e injusto. Sin embargo, la historia de la humanidad demuestra que la inferencia lógica realizada es errónea, e incluso peligrosa. El carácter de justicia no siempre coincide con el Derecho positivo y vigente, por lo que la legalidad no es sinónimo de moralidad. Así, asegurar que algo es legal no es equivalente a que debe ser obedecido, porque todo sistema de legalidad debe estar sometido al escrutinio moral. El Derecho es un ordenamiento social coactivo y heterónomo, mientras que la moral es una esfera de la vida privada y la libertad de elección. A pesar de esto, ambas esferas no están desconectadas, sino todo lo contrario. La separación de forma radical entre moral y Derecho, es inalcanzable en la praxis jurídica. La interpretación estrictamente literal del Derecho conduce a graves errores que desembocan en injusticias sociales.

Las normas jurídicas y morales existen únicamente porque el ser humano es capaz de establecer relaciones sociales. Radbruch afirma que *"el Derecho sirve a la moral. No mediante las obligaciones jurídicas que impone, sino a través de los Derechos que garantiza."*[150] El ser humano no nace independiente del mundo, su desarrollo depende en gran parte del medio en el que se desenvuelve, y su estructura básica es de organización y apertura a la sociedad en la que se desarrolla. Entonces, su estructura es claramente intencional. La libertad humana, radica justamente en la capacidad de autodeterminación o autoprogramación. El ser humano es el único ser vivo que se cuestiona a sí mismo acerca de su naturaleza y condición humana, hoy en día, según Rafael Aguilera[151], la cultura es la forma principal de adaptación biológica. El ser humano sale de su nicho ecológico y crea un medio socio-cultural en el cual desarrollarse, mucho más amplio, poderoso y complejo. Un medio en constante cambio que demanda mucha capacidad de adaptación. La cultura, entonces, al tener como base a la experiencia cotidiana, se convierte en el modo más eficaz e intenso que tiene el ser humano para orientar, organizar su vida y finalmente adaptarse. Según Ortega y Gasset, *"la vida nos es dada, mejor dicho, nos es arrojada, o somos arrojados a ella, pero eso que nos es dado, la vida, es un problema que necesitamos resolver nosotros"*[152]. La vida, entonces, necesita de la seguridad que le brinda la razón, y el Derecho

150 Radbruch, G. (1999). *Rechtsphilosophie*, 139.

151 Aguilera, R. (2010). La relación de una triada compleja: entre el Derecho, la moral y la política, *IusAnuario de la Facultad de Derecho*: 461.

152 Ortega, J. y Gasse, L. (1994). *Lecciones de metafísica* (Madrid: Alianza Editorial), 24.

se convierte en una realidad cultural, referida a valores, cuyo sentido gravita en el alcance de justicia.

El concepto de moral como un conjunto de normas tiene un origen bíblico. En el antiguo testamento, la buena vida es aquella que se desarrolla de acuerdo con las leyes de la voluntad de Dios, y en el judaísmo, el cumplimiento de la *Toráh* es decisivo para vivir bien. Históricamente, el cristianismo logró el enfoque de la moral exclusivamente en el ámbito del comportamiento individual y a partir de esto, se estableció el conjunto de preceptos morales de una determinada comunidad.

La moral influye directamente y tiene un gran impacto en el sistema del Derecho. Se considera que todas las personas tienen ciertos estándares de actuación que les rigen de forma interna, y que posteriormente también regulan su actuación de forma externa.

Teoría de la separación entre el Derecho y la moral

La Teoría Pura del Derecho, de Hans Kelsen, defiende una radical separación entre el Derecho y la moral. De ahí que este autor es considerado como uno de los más representativos de este tipo de razonamiento. Se considera a la estructura normativa del Derecho totalmente autosuficiente, coherente y autorreferente; por lo que la validez de cualquier ordenamiento jurídico es independiente de su correspondencia con un orden moral[153]. Kelsen intentó construir una ciencia jurídica libre de elementos morales, sociológicos o políticos, cuyo objetivo final fuese exclusivamente las normas jurídicas. En este sentido, analizar y determinar si un ordenamiento jurídico es justo o injusto es algo que queda fuera del ámbito de la ciencia.

Dentro de la separación entre la moral y el Derecho, existen dos corrientes fuertemente marcadas: el iuspositivismo inclusivo, más abierto a la inserción de la moral; y el iuspositivismo clásico, que defiende radicalmente la necesidad de la exclusión de la moral en el ámbito del Derecho.

Desde el punto de vista de Hart, se afirma que el dilema en torno a la separación entre Derecho y moral no implica que el primero tiene un mínimo de contenidos morales que le ofrece legitimidad, sino más

153 Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del Derecho* (México: Porrúa), 119.

bien, que existe un propio fundamento mínimo ético del Derecho[154]. Por consiguiente, estos dos aspectos son diferentes pero no están desvinculados. Existe una conexión necesaria y natural entre ellos. Herbert Hart sabe bien que el Derecho no puede explicarse únicamente en términos formales que hacen poca referencia a las necesidades sociales, por lo que pretende distinguir las normas morales de las jurídicas de acuerdo con su nivel de importancia, forma de modificación, procedimiento de creación y sanción. En primer lugar, las normas morales no pueden ser modificadas ni suprimidas a voluntad, mediante un procedimiento[155]. Además, su incumplimiento únicamente implica un sentimiento personal, como el remordimiento de conciencia. Luego, la sanción jurídica se extiende con la realización de los actos forzosos de la conducta sancionada. Así mismo, existe un procedimiento adecuado que permite reformar, crear y derogar leyes, de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad.

La moral es un conjunto de normas y principios de conducta, diferentes del Derecho, que no cuentan con una específica estructura de coordinación ni con fuerza coactiva para demandar el cumplimiento de sus normas. El Derecho se fija en el accionar exterior y en base a eso es coactivo, mientras que la moral se fija solo en el carácter interno, donde la coacción no es permitida y mucho menos, útil.

Relación indiscutible entre la moral y el Derecho

El Derecho no puede ser identificado únicamente con normas jurídicas, es una realidad amplia y compleja, integrada por principios generales, valores morales y costumbres con pretensión de obligatoriedad. El Derecho es un sistema de regulación cuidadosamente estructurado y especializado, que se desarrolla de acuerdo con principios de justicia que rigen la vida social. *"El Derecho consiste en un orden regulador de conductas sociales humanas que pretende la realización efectiva de determinados valores en la sociedad."*[156]

Históricamente, la moral y el Derecho fueron códigos normativos que han sido mezclados, confundidos y entrelazados. En las socieda-

154 Hart, H. (1962). *El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral*, (Buenos Aires: Desalma), 50.

155 La Porta, A. (2000). *Entre el Derecho y la moral* (México: Fontamara), 36.

156 de Castro, B. (1999). *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural.*

des teocráticas cometer un pecado era lo mismo que cometer un delito, debido a que no existía ninguna diferencia entre la norma jurídica, religiosa y moral. Afortunadamente, tiempo después, el cristianismo interiorizó la contraposición entre estos dos conceptos. Se estableció que la moral se dedicaría al fuego interno, y el Derecho sería especializado en el fuero externo. Entonces, se estableció que la moral o "Derecho divino" quedaría reducido únicamente a la interioridad del individuo, mientras que el Derecho estaría regido por la razón que descarta todo precepto de la religión.

De ahí que, la razón se convierte en la instancia absoluta que sustituye la religión. Thomasius, establece que la conducta del ser humano está regulada por dos principios de dos aspectos principales: la ética y la jurisprudencia. El principio de la ética es lo *honestum*, es decir, *lo que quieras que otros hagan para sí mismo, hazlo tú para ti*. Mientras que el principio de la jurisprudencia es lo *iustum*, es decir, *no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti*.[157] En el primero, se hace referencia a la conducta de un individuo aislado de los demás, mientras que en el principio jurídico se describe el accionar del ser humano en relación a sus semejantes. En consecuencia, el ámbito jurídico está compuesto por esferas interconectadas. La libertad humana es regida por leyes morales que se centran en el margen dentro del cual se puede adoptar cualquier comportamiento, y estas leyes morales que regulan el comportamiento externo, son leyes jurídicas.

Para Del Vecchio[158], a todo ordenamiento jurídico le corresponde un ordenamiento moral, básicamente porque el Derecho y la moral son dos manifestaciones de un mismo orden ético regulador de la conducta humana. El punto de convergencia de estos dos sistemas es la acción humana. Todo producto del actuar de un individuo es al mismo tiempo de carácter interno y externo. *"El razonamiento jurídico depende directamente del razonamiento moral, en el sentido en que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles."*[159]

No es posible separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral, no se puede discutir en estricto sentido actos puramente exter-

157 Thomasius, C. (1994). *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (Madrid: Tecnos), 128.

158 del Vecchio, G. (1974). *Filosofía del Derecho*, (Barcelona, España: Bosch), 327.

159 Calsamiglia, A. (1999). *Estudio preliminar, los Derechos en serio*, , 11-16.

nos, ya que en todos estos, -menos en los actos reflejos- el proceso de reflexión mental lleva a la determinación de una acción específica. De igual forma, la moral no se ocupa exclusivamente de la regulación de actos internos, sino también de los externos, correctamente dicho, de los actos que poseen una manifestación social externa. Tanto la norma jurídica, como la moral y la realidad social, son elementos necesarios que se deben considerar para efectuar una adecuada interpretación y aplicación del Derecho.

Conflicto entre Derecho y moral

Tanto el Derecho como la moral, se encargan de imponer normas de conducta a través de las cuales cualquier tipo de sociedad, puede sobrevivir con mayor facilidad. Sin embargo, es importante considerar la diferencia entre el ser y el deber ser, que radica en los valores propios de cada individuo. El último término implica que uno mismo, por medio de la razón o de su conciencia individual, establece para sí mismo ciertas normas de conducta. Además, el ser, involucra el interés individual y la inexistencia de valores éticos o morales, razón por la cual el bienestar propio prima sobre el bien común.

Sin lugar a dudas, la objeción de conciencia, la desobediencia civil y el Derecho a la resistencia, actualizan el problema clásico de la estricta obediencia al Derecho, y cuestionan la complejidad de la relación entre la moral y el Derecho. Así mismo, representan un verdadero reto a un sistema democrático, ya que no deberían ser catalogadas como actividades peligrosas, sino como aspectos básicos de este tipo de sistema. La desobediencia civil y la objeción de conciencia, de forma explícita se refieren a la posibilidad de un individuo de oponerse, de manera justificada, a las leyes vigentes del país en el que se encuentra. La diferencia entre las dos, radica en que la primera ampara motivos de naturaleza política, por tanto, publica; y presenta diversas formas políticas de insumisión al servicio militar obligatorio y otras actividades, a través de manifestaciones o huelgas de hambre. La objeción de conciencia, al contrario, apela a estimulaciones de tipo moral o religioso, por tanto, internas o privadas; no debe ser pública porque no tiene como fin la modificación de ningún programa de gobierno, o ley que se considere injusta. El objetor de conciencia únicamente intenta no someterse a una ley porque considera que atenta a su conciencia

moral personal, pero no trata de cuestionar el carácter de justicia del ordenamiento jurídico especifico que elude.[160]

Entonces, existen conflictos entre la moral y el Derecho, cuando las reglas establecidas en un ordenamiento jurídico son amorales, o más bien, incompatibles con la moral de algunas personas de la sociedad, quienes se ven obligadas a oponer resistencia a su cumplimiento.

2. FORMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO

El modelo mundial de enseñanza en todas las áreas del saber, ha experimentado cambios escasos e insuficientes. En cualquier ciencia de estudio, para trasmitir conocimientos a los estudiantes, los profesores aplican la misma metodología de siempre, que consiste en convertir a los estudiantes en bancos de conocimiento otorgado, mas no investigado y profundizado. En lugar de promocionar la educación crítica, la educación tradicional se aplica incuestionadamente en todos los lugares del globo terrestre.

En el ámbito del Derecho, una esfera totalmente dinámica y cambiante, resulta extremadamente importante distinguir las principales técnicas educativas y revelar la falta de innovación en la tarea de enseñar esta ciencia. El modelo de educación de hace más de 50 años sigue siendo el mismo, los maestros no educan a sus alumnos para aprender, sino para memorizar y repetir. El pensamiento jurídico no ha logrado grandes avances, está repleto de una excesiva conceptualización, no propone un análisis adecuado de las normas existentes y la realidad actual, únicamente replica conceptos ya calculados.

Enseñar al estudiante de Derecho a pensar y no qué pensar es la clave para acceder a una innovación positiva. No se necesita crear alumnos que repitan un montón de conceptos ya establecidos, sino que entiendan verdaderamente cómo hacer uso de ellos en el ejercicio de la profesión.

---

160 Aguilera, P. (2010). *La relación entre Derecho, moral y política*, 455-491.

2.1. La lógica jurídica en la enseñanza del Derecho

Definir el problema de la enseñanza del Derecho y la lógica jurídica, involucra, antes de nada, demarcar lo que se entiende por enseñanza, Derecho y lógica jurídica. En relación con el primer término, es posible afirmar que abarca la transmisión de conocimiento; se enseña en la medida en que una persona traslada sus conocimientos a otra. En cuanto al término Derecho, existen varias acepciones, sin embargo, la más usual es la que hace referencia a un sistema de normas. Y finalmente, la lógica jurídica, es el conjunto de operaciones intelectuales que realiza un jurista para obtener los fines que persigue. Así, la enseñanza del Derecho y la lógica jurídica, implican la transferencia de conocimiento especializado del ordenamiento jurídico entre dos o más personas, para desenvolver las situaciones a su favor y ejercer con eficacia y responsabilidad las obligaciones pertinentes. Se genera un uso de lógica jurídica aún mayor cuando se trata de interpretar e integrar el Derecho, establecer fundamentos lógicos y razonar correctamente.

La lógica jurídica se encarga principalmente de analizar los razonamientos propios de los profesionales del Derecho. De ahí que, consiste en la aplicación de los principios fundamentales de la lógica, al campo estrictamente jurídico, con el fin de establecer el fundamento racional para resolver antinomias, analizar los elementos de una norma, solicitar la aplicación de la ley, entre otros.[161]

La lógica jurídica es una herramienta indispensable para los jueces, abogados litigantes y profesionales del Derecho en general. En las mallas curriculares de varias facultades de Jurisprudencia a nivel mundial constituye una materia obligatoria. Sin embargo, existen muchos casos de defectos lógicos de resoluciones judiciales, es decir, que los jueces dictan sentencias que tienen explicaciones defectuosas. Nuevamente, el sistema de educación pone en tela de duda los "conocimientos" adquiridos.

Se afirma que la lógica jurídica se aplica para desentrañar la forma de razonar de los juristas, sus motivaciones, argumentos y posiciones respecto a una situación determinada. Toda acción de pensamiento se lleva a cabo después de despojarse de una posición imparcial respecto a una situación en concreto. *El Derecho resulta ser un sistema muy complejo y amplio, ya que intenta regular una pluralidad verdaderamente ex-*

161 Navarro, R. (2010). Una introducción a la metodología del Derecho. Lógica y hermenéutica jurídica, *Frónesis.*

tensa de acciones, lo que le lleva a producir una gran variedad de criterios. El razonamiento jurídico, pretende encontrar una solución adecuada a un conflicto en particular, a través de la aplicación de una proposición normativa que debe ser justificada y fundada, como producto de una decisión.

Explorar la razón jurídica implica, además, traspasar la lógica tradicional y establecer una lógica de acción: la vida humana es el mundo de la acción y la libertad. Resulta complicado comparar el uso de la lógica formal entre el ámbito del Derecho y las ciencias exactas. En el primero, a diferencia de la física o la matemática, las soluciones meramente lógicas o racionales no siempre son justas; y lo que se pretende alcanzar a través del Derecho es precisamente justicia. Para obtener conclusiones o razonamientos lógicos se debe recurrir al razonamiento deductivo, principalmente en el campo del Derecho, ya que hasta ahora la matemática tiene un sinnúmero de limitaciones para explicar fluidamente y con consistencia suficiente las acciones del ser humano.

Según Recaséns Siches[162]*, la lógica del Derecho debe ser la lógica de lo razonable, porque considera a las normas jurídicas desde un punto de vista histórico y según un aspecto práctico del orden jurídico vigente. Inicialmente, la lógica dialéctica fue desplazada totalmente debido a que era considerada como una manipulación de sentimientos basada en construcciones artificiales y portadora de un aspecto totalmente subjetivo; mientras que lo requerido era simplemente una lógica formal que otorgare carácter científico a las conclusiones obtenidas*[163]*. La lógica formal expone únicamente las reglas de razonamiento para alcanzar la corrección, la misma que se obtiene como fin inmediato del razonamiento. Sin embargo, tanto la lógica formal como la lógica dialéctica, deben integrarse y complementarse frente a las necesidades del discurso jurídico, para que sea catalogado como razonable y pueda establecer consideraciones sobre lo justo.*

La lógica formal no alcanza, ni puede alcanzar, lo esencial del fenómeno jurídico. El énfasis en la estructura lógica de los sistemas normativos no es capaz de abarcar la actividad interpretativa del Derecho, lo único que consigue es examinar la forma de las normas, más no su contenido[164]*. La lógica existe para establecer criterios de verdad y de falsedad, pero el Derecho no puede ser encasillado en los conceptos de verdadero o falso a causa que es un producto deliberado y espontáneo, que se genera a través de la voluntad*

---

162 Siches, R. (1956). *Introducción al estudio del Derecho.*

163 Andruet, A. (2008). *Razonamiento forense y corrección lógica.*

164 Haack, S. (2008). *El razonamiento jurídico.*

política de los ciudadanos. Lo que es lógico en el mundo de la lógica, no es necesariamente lógico en el mundo del Derecho, ni de la política. El Derecho es un sistema praxeológico, generado como consecuencia de la acción humana y no de la razón humana, que resulta de la contribución mutua entre las personas de una sociedad. Cada vez que una colectividad realiza la misma acción reiteradamente está generando una costumbre y posteriormente el contenido del Derecho. La lógica tradicional o formal, es insuficiente a la hora de entender el Derecho porque no se trata de un sistema racional. A diferencia de las ciencias exactas, en el ámbito del Derecho todo depende de los individuos que conforman una sociedad, quienes siempre son cambiantes, activos y no necesariamente siguen un procedimiento lógico.

En general, en Latinoamérica se cree que el Derecho es un sistema lógico que se rige por el principio de no contradicción y de inferencia. Es decir, que todas las normas de un ordenamiento jurídico deben estar en armonía con la norma suprema que es la Constitución, y que a partir de reglas generales, se pueden deducir principios o reglas particulares[165]*. Sin embargo, para explicar la insuficiencia de la lógica en el Derecho, este pensamiento ha ido cambiando con el tiempo, ahora se argumenta que el Derecho no debe ser entendido como un sistema lógico porque es un sistema praxeológico y que no responde al ordenamiento de la razón, sino al ordenamiento de la cooperación entre los individuos de una sociedad.*

La lógica formal en el Derecho es insuficiente. No obstante, no se debe confundir el razonamiento jurídico con el contenido del Derecho, ya que el primero sí es lógico, y el segundo es consecuencia de la cooperación entre las personas. Se desconoce totalmente como se desarrollan los fenómenos sociales, únicamente se sabe que son reales y que se los puede aprovechar, pero no se ha podido conocer todas sus reglas internas.

a. Enseñar y aprender

Usualmente, los años invertidos en la escuela dejan a los alumnos con una sensación que todos los conceptos aprendidos no tienen ninguna utilidad práctica en la vida real. El Derecho cambia como el mundo cambia, pero el mundo ha cambiado bastante y el Derecho no ha tenido la suficiente rapidez para asimilar el cambio. Por esto, la realidad siempre está un paso más adelante, y la enseñanza del Derecho, décadas atrás.

165 Condemarín, M. y Medina, A. (2000). *Evaluación autentica de los aprendizajes* (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello).

Las lecciones magistrales son el método más común para enseñar Derecho, a través de un largo discurso interrumpido en escasas ocasiones por preguntas del alumnado, se intenta compartir conocimiento. Mientras tanto, el debate es una técnica poco aplicada por diferentes razones, principalmente porque su nivel de exigencia a profesores y alumnos es “demasiado alto”. Ninguno de los sujetos que intervienen en una relación de aprendizaje está dispuesto a hacer especulaciones creativas de un tema en particular ya que eso implicaría salir de su zona de “confort”. Asimismo, el complemento de las clases teóricas deben ser las clases prácticas, en las cuales se pueda resolver y discutir casos prácticos actuales o antiguos. Sin embargo, como usualmente pasa, la principal víctima del sistema es su mayor defensora. Los estudiantes no quieren más, ni piden más. Lo único que les interesa es tener la suficiente capacidad para reproducir los conocimientos que se les ha dado en clase, y no están interesados verdaderamente en aprender, sino en estudiar. Entonces, se forman a base de conocimientos ajenos que no logran recrear.[166]

La función del maestro de la facultad de Jurisprudencia es informativa y formativa, se trata de transmitir información y estimular competencias y capacidades para que se aprenda haciendo y no escuchando. El abogado debe ser práctico en las respuestas a preguntas concretas, no necesita usar conceptos o supraconceptos para establecer argumentos imposibles de entender. Si se presenta una situación inusual, la formación académica de un abogado no le permitirá encontrar ideas propias para establecer una solución, a menos que aprenda la practicidad.

De esta manera, la labor docente debe ir dirigida a dotar al estudiante del hábito, la actitud, las técnicas y herramientas precisas para el aprendizaje. Así, los alumnos se dedicarán a adquirir nuevos conocimientos por si solos, en lugar de limitarse al conocimiento de un tercero. Los profesores enseñarán dónde buscar, pero no qué ver.

b. Pensamiento jurídico

El Derecho es un sistema de regulación de conductas más que una ciencia. Es creado por el ser humano y no produce conocimiento,

---

166 González, J. (2003). Reflexiones sobre el futuro de la enseñanza del Derecho y sobre la enseñanza del Derecho en el futuro. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.

sino que deriva del mismo. Los razonamientos jurídicos usan concepciones para definir a otras, es decir, tienen el elemento definido en la definición. Esto hace que se cree una matemática conceptual, nulamente vinculada con la práctica o la comprensión del problema real. El abogado no es una máquina que aplica conceptos, sino que está, o debería estar, en capacidad de crear procesos nuevos e innovadores. El trabajo de un juez no es limitado por las soluciones que son producto de una revisión superficial de las leyes y códigos, las cuales son el reflejo de la construcción de soluciones para el presente, basados en problemas del pasado; sino que debe construir sus propias soluciones por medio de las herramientas de interpretación y argumentación jurídica, para dejar de ser un ente aplicativo del Derecho, y convertirse en uno lógico y argumentativo.[167]

Se sabe que toda norma jurídica tiene tácitamente la posibilidad de usar la fuerza para demandar su cumplimiento, es decir, existe un Estado (con soberanía nacional) que ampara la norma y que puede obligar a ejecutarla. Sin embargo, la combinación de un conceptualismo radical y la visión coercitiva del Derecho, crea la necesidad de cambiar la enseñanza, para tener la capacidad de cambiar la realidad. De otra forma, los seres humanos quedarán sujetos al antojo conceptual. El abogado, entonces, no debe basarse únicamente en la capacidad de coerción del Estado, sino en establecer esquemas eficaces que sustituyan la falta de acción estatal.

El razonamiento jurídico es la actividad intelectual discursiva que tiene el profesional del Derecho, para interpretar, crear y aplicar las normas de un ordenamiento jurídico a su conveniencia. Su último fin es dar una solución a un conflicto, por medio de una proposición normativa correctamente justificada. La norma jurídica se presenta como una porción de la vida humana regulada por los órganos jurisdiccionales para su aplicación[168]. El razonamiento legal no es más que una adaptación del razonamiento normal de cualquier ser humano a un proceso fundamental de argumentación, reflexión e interpretación. Un abogado debe estar en la capacidad de argumentar de manera clara y persuadir con hechos todo lo que dice.

167 Calsamiglia, A. (2015). *Ciencia jurídica. El Derecho y la justicia.* (Enciclopedia Iberoamericana de filosofía), 17-27.

168 Petzold-Pernía, H. (2008). Una introducción a la metodología del Derecho, *Frónesis*

Desde cierta perspectiva, el Derecho es entendido como una ciencia de motivación de conductas, en la que cada individuo acciona de acuerdo con sus propios intereses. En todos los espacios que funcionan con normas, se motiva una conducta en específico para lograr un objetivo común. En el ámbito del Derecho, la ley motiva a todos los ciudadanos a adoptar conductas específicas, entonces, la ley también motiva al juez, quien es el encargado de administrar justicia a través de sentencias motivadas. Hay decisiones que tomar y actos que cumplir según criterios predeterminados[169]*. Sin embargo, es necesario determinar las razones del accionar de los jueces, ya que existen vacíos legales, anomias y antinomias en todas las legislaciones de los países del mundo. A pesar de esto, el juez no queda exento, en ninguna ocasión, de decidir respecto a un caso concreto.*[170]

La racionalidad es una herramienta útil y básica de pensamiento para tomar una decisión judicial, permite guiar la reflexión a través de un esquema lógico, en el que se define, analiza y soluciona el problema existente. No obstante, el juez no emite una decisión judicial por sí solo, es un proceso en la que los abogados de cada parte tienen un rol fundamental. Para que una persona adopte una actitud concreta respecto a una situación en particular, se basa primeramente en el análisis del escenario que realiza cada parte interviniente en el caso. En Derecho, quien argumenta mejor su punto de vista, gana. El juez también debe argumentar apropiadamente su decisión judicial, tanto de forma técnica como moral. El primer aspecto se refiere a una argumentación clara y efectiva, mientras que el segundo aspecto se relaciona con todas las características positivas que debe tener una decisión judicial, tales como la imparcialidad.

El proceso argumentativo, entonces, se relaciona estrechamente con la interpretación normativa, porque es indispensable primero comprender el Derecho, para luego establecer criterios que fundamenten el razonamiento jurídico[171]*. La argumentación está destinada únicamente a valorar los hechos de acuerdo con un principio o norma que sea válida, y a fundamentar la acción que de esa valoración se obtiene. Debido a esto, se debe tomar en cuenta también las opiniones y el contexto de cada situación, por lo que el juez no debe ser entendido únicamente como aplicador de Derecho, sino como creador del mismo. En un principio*, una sentencia no es más que una norma jurídica individual,

169 Pettoruti, C. (2007). *Lógica de lo razonable.*

170 Cueto Rúa, C. (2000). *Introducción al Derecho*, (Buenos Aires).

171 Garate, R. (2009). *El razonamiento jurídico*, Derecho y ciencias sociales:194-215.

expedida como derivación razonada de los hechos de la causa y del Derecho aplicable u orden jurídico vigente. Sin embargo, tanto una norma individual como una norma de alcance general, deben prever el futuro de sus derivaciones. Se considera que una decisión judicial es racional, en la medida en que puede derivarse de normas jurídicas previamente establecidas. El sistema de Derecho común se puede interpretar como un esfuerzo para promover la eficacia económica, en donde los jueces y los abogados deben incluir las consecuencias de la asignación de recursos. La sentencia, entonces, es la expresión de un acto de inteligencia[172]. No en el sentido del proceso satisfactorio de una táctica mecánica, porque al existir vacíos legales en el sistema jurídico, el juez no es únicamente la boca de la ley, ni se basa solamente en su tenor literal. El juez debe partir de una norma general y relacionarla con un hecho relevante del caso en particular, hacer aportaciones y análisis oportunos, con el fin de obtener una conclusión lógica que conducirá a una decisión acertada.

Se afirma que el Derecho es un instrumento útil para transformar la realidad al servicio del cumplimiento de objetivos que buscan el bien común. Sin embargo, de esta afirmación, la primera sección es cierta y la segunda es simplemente un deseo. Lo que sucede es que el Derecho, para satisfacer intereses diversos, ofrece un complejo sistema de límites y contrapesos. El Derecho que el jurista debe mantener, es aquel que intenta obtener más justicia que orden. Este último elemento es incapaz de expresarse en el desorden, de ahí que frente a una sociedad que aspira a consolidarse dando preferencia a la justicia, existe otra sociedad que tiende a instaurar únicamente el orden y la eficacia. La tarea del jurista consiste en obtener un equilibrio entre estos tres factores.

3. RELACIÓN DEL DERECHO CON OTRAS CIENCIAS, ESPECIALMENTE CON LA ECONOMÍA

La necesidad de superar el aislamiento del Derecho, causado por la percepción de este como un sistema totalmente autónomo y sin contacto con otras ciencias; crea la urgencia de situarlo en contextos contemporáneos con visiones integrales, que permitan a los operadores

172 von Wrigth, G. (2016). ¿Lógica sin verdad?, *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho,* 39: 21-34.

del sistema jurídico cumplir con tareas de sujetos históricos trascendentales y no de meros actores externos[173]. Los culpables de este problema de aislamiento del Derecho, son en parte, los creadores de las leyes; para ellos, los problemas jurídicos se refieren a la interpretación correcta desde el punto de vista doctrinario de las normas jurídicas. Así, se ha establecido que el Derecho es un sistema compuesto solo por normas o imperativos, y su estudio ha sido considerado exclusivamente de normas jurídicas. De esta forma, una persona ajena al Derecho podría pensar que, para este ámbito, no existen más que normas. Sin embargo, Round[174], considera que las normas son una parte importante del Derecho, las considera reglas para la conducta y no reglas de conducta. Agrega como parte del Derecho a los conceptos, las normas, principios e ideales. Pound, concluye que el Derecho es una *técnica enseñada*, que sirve para elaborar medios de control y orientación. Como tal, es necesaria una combinación de disciplinas para resolver las controversias que puedan existir en esa *técnica*, pero a través de los años, no ha existido un acercamiento entre el Derecho y las otras ciencias.

Las ciencias sociales, son el conjunto de disciplinas que tratan al ser humano y su contexto histórico social. Es decir, el ser humano estudia al ser humano. Sin embargo, en la *Teoría pura del Derecho,* Hans Kelsen concibe a la norma jurídica como un hecho y no como un valor. Esto implica que no es posible emitir juicios de valor, ni criterios de bueno o malo. Entonces, se logra objetivizar el comportamiento humano en una norma jurídica, pero el Derecho es un sistema en sí mismo, dinámico y abierto. El ordenamiento jurídico no tiene solo validez y eficacia formal, sino que persigue tener eficacia material, efectividad y eficiencia. Luego, es un orden de las relaciones sociales que procura su progreso y transformación, por lo tanto se autointegra, o debería autointegrarse permanentemente.[175]

Existe una estrecha relación entre el Derecho y la Economía. La necesidad de comprender claramente esta relación existente, hace que se establezca como punto en común la praxeología, es decir, la

173 Witker, J. (2014). Las ciencias sociales y el Derecho, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 142: 339-358.

174 Pound, R. (1997). Aproximación al concepto de Derecho de Roscoe Pound, trad. Leopoldo García. Persona y Derecho: *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos,* 36, 47-94.

175 Vaquer, M. (2010). El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo, *Revista de administración pública*. 91-135.

estructura lógica del accionar humano. Si se sabe algo con certeza es que el ser humano actúa constantemente. La praxeología, constituye una teoría de los sistemas del ser humano y de sus instituciones; los regímenes del ser humano son la cultura y las instituciones, mientras que los sistemas de las instituciones son el Derecho, la sociedad y el Estado[176]. Tanto la Economía como el Derecho permiten encontrar sus similitudes en la praxeología al ser ciencias que se enfocan de manera principal, en las acciones del individuo que pertenece a una sociedad. Debido a esto, para obtener soluciones lógicas solo es necesaria la deducción de su comportamiento. Sin embargo, ya que el ser humano actúa continuamente, tiene entonces una naturaleza cambiante. Esto quiere decir que, en el caso de la tarea del legislador, antes de expedir leyes “buenas” en sí mismas, debe examinar si el conglomerado humano al cual van dirigidas es capaz de soportarlas. No es útil la expedición de un montón de reglas que no cambian la realidad por permanecer escritas en un documento legal sin cumplimiento.

En Derecho aún no se ha logrado establecer el debido proceso que deben seguir los jueces para emitir una sentencia justa y correcta, a manera de respuesta a una acción humana en concreto. Sin embargo, el Derecho ya tiene regulados la mayoría de los aspectos que el ser humano puede escenificar. En la Economía se tienen conceptos de eficacia y eficiencia que son útiles al momento de desarrollar un sistema social que no tiene como objetivo primordial el alcance de justicia.

Principalmente en países en vías de desarrollo, fenómenos como la globalización, no solo han instaurado condiciones que determinan el comportamiento de sus Economías, sino que, además, dichos condicionamientos establecen un nuevo prototipo de persona, por ende, un nuevo modelo de sociedad. Las estructuras desarrollan sistemas que se basan principalmente en la subjetividad de los agentes que se encuentran involucrados en la práctica.

En conclusión, la Economía y el Derecho, no son categorías desacopladas, sino que forman parte de una “súper categoría” llamada praxeología. Esto es importante para analizar al ser humano desde su punto más natural o básico: la acción. A partir de eso, se establecen normas que lo regulen, con el fin de alcanzar eficiencia o justicia.

176 Cassese, S. (2010). El Estado presente del Derecho administrativo italiano, *Revista de administración pública*, 183.

3.1. Influencia de las ciencias en el Derecho

El Derecho coexiste con la Economía porque está al servicio de las relaciones sociales y se asimilan en la dimensión de sus objetos formales. Cualquier alteración sustancial en alguna de las dos "ciencias" tendrá efectos inmediatos en la otra[177]. Max Weber sostenía que no hay relación posible entre el Derecho y la Economía, porque mientras el primero actúa sobre el plano de la norma idealmente aplicable, la Economía actúa sobre el plano del evento real. Sin embargo, con el pasar del tiempo, se ha reconocido su relación por dos razones principales: la llegada de la sociedad posindustrial y la globalización de los mercados.[178]

La acción económica pura tiene un gran dinamismo, pero al ser una acción humana, su pureza es muy relativa; está centrada en el estudio de la propiedad, la división del trabajo y otras instituciones económicas, que quedarán sin fundamento al no estar condicionadas por un orden jurídico. Por tanto, la Economía ofrece contenido a la relación jurídica para que el Derecho establezca una unidad formal según sus criterios propios. Entonces, la actividad jurídica solo es posible cuando está compuesta también de datos económicos, y en la Economía, la regulación del mercado se manifiesta por medio de un ordenamiento jurídico.

La Economía y el Derecho, a pesar de tener procesos diferentes, intercambian conceptos propios de cada área, y se complementan para permitir un mejor funcionamiento individual y relacionado. Según Friedrich von Hayek[179], eficiencia y efectividad son criterios propios del ámbito económico, orientados a medir la competitividad de las empresas. En tal caso, para la función judicial es necesario reajustar estos conceptos.

Así, en la justicia, eficiencia será la realización racional completa y convincente de su función; y la efectividad, será la medida en que se cumple eficientemente esa función. La eficacia será entendida como el alcance del objetivo de manera responsable y controlada. Eficiencia no es sinónimo de justo, razón por la cual el análisis económico del Derecho debe ser entendido como medio y no como fin. No es un con-

177 Conte, J. (2004) La emergencia y el sistema de Derecho privado, *Prudentia Iuris,*

178 Rivera, L. (2014). Relación epistemológica entre pedagogía, didáctica y Derecho, *Revista de educación y Derecho*, 9: 1-18.

179 von Hayek, F. (1974). Información Comercial Española, *Revista de Economía*,332: 53-58.

junto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, sino una metodología para analizarlo y procurar su máxima eficiencia. No obstante, el concepto de eficiencia se conjuga necesariamente con la equidad, entonces deberá ceder de forma inevitable cuando se trate de la dignidad humana o de cualquier otro valor supremo, que correctamente protegido no puede ser medido en términos de eficiencia. No es lo mismo una sociedad justa que una sociedad con sistemas eficientes.[180]

A partir de Ronald Coase, acreedor del premio Nobel de Economía de 1991, el análisis económico del Derecho, convirtió en objetos importantes de estudio de la ciencia económica a las instituciones y a las decisiones jurídicas. El análisis económico del Derecho pretende determinar los objetivos y los fines del Derecho, para llevarlos a cabo de la manera socialmente menos costosa. Como afirma Díaz[181]: *"la Economía es más simple –aúnque no más fácil- que el Derecho. La Economía es algorítmica, mientras que el Derecho es un lenguaje, por lo cual, proyectando lo jurídico sobre la ciencia económica –lo más complejo sobre lo más simple- la estructura del Derecho se hace más transparente y comprensible."* Cualquier análisis del sistema jurídico debe explicar la función de las normas y de las instituciones jurídicas, además de predecir las consecuencias derivadas de su existencia. Eso es eficiencia, entendida como la capacidad de disponer de alguien o de algo, para conseguir un efecto determinado.

El análisis económico del Derecho, es un ámbito en desarrollo con proyecciones insospechadas, que proporciona mecanismos de comprensión a los problemas jurídicos, y, además, aporta soluciones legales a nivel legislativo, profesional y judicial. En el campo legislativo, la teoría de contratos públicos de Hart se ocupa de aquellos aspectos que son difíciles legalmente de prever. Se ha concentrado en aspectos que no están especificados en los contratos, o en los denominados "contratos incompletos". Existen ciertas cosas que no se pueden anticipar, y que, por lo tanto, deben estar escritas en los contratos. Sin embargo, eso implica que hay que renegociar las relaciones contractuales durante el proceso.[182]

Desde el punto de vista del ejercicio profesional, los abogados que conocen estas teorías estarán en una situación de ventaja y serán beneficiados a la hora de negociar y redactar contratos. Igualmente, en

180 Gordley, J. (2002). Los fundamentos morales del Derecho Privado, *Ius et veritas.*

181 Díaz, F. (2009). *Una aproximación al análisis económico del Derecho.*

182 Saussier, S. (2016). *Relaciones laborales contractuales.*

materia laboral, las investigaciones de Holmström permiten entender la manera en la que se utilizan las opciones sobre acciones, para remunerar a los ejecutivos de las empresas.

Hart y Holmström han desarrollado la teoría de los contratos, un marco amplio para analizar diversos asuntos de diseño contractual, como el pago por productividad a altos ejecutivos y la privatización de actividades del sector público. La teoría de los contratos se ha establecido con el objetivo de definir situaciones beneficiosas para los actores económicos y resulta útil todos los días. Existen muchos problemas para elaborar contratos entre el Estado, las empresas, e incluso en los acuerdos en los cuales intervienen individuos. Sin embargo, son los jueces quienes obtienen el mayor beneficio al momento de determinar los Derechos de las partes, porque pueden distinguir claramente los Derechos de propiedad, las prestaciones contractuales y los riesgos de contratos, a través de bases objetivas, instrumentos y evidencia clara.[183]

Legisladores, abogados, y juristas, tienen un desafío enorme. Se trata de aprovechar todos los aportes del mundo económico para comprender de mejor manera las instituciones jurídicas y aportar soluciones más creativas y efectivas a un mundo jurídicamente más complejo y desafiante.

4. CONCLUSIONES

La relación que existe entre el Derecho y la moral existe totalmente. A pesar que siempre se ha intentado desvincular estos dos aspectos no se ha logrado obligar a las personas a realizar acciones, o a cumplir con las normas que no consideran adecuadas para sus estándares de moralidad. Por lo tanto, la influencia de la moral en el ámbito jurídico existe hasta la actualidad, y de forma directa o indirecta, todas las normas que se expiden se basan en ella.

La enseñanza del Derecho y la lógica jurídica, son aspectos importantes que necesitan concebir de forma inmediata un nuevo enfoque. *La lógica formal no es suficiente en el campo del Derecho porque la espontaneidad y variabilidad de los individuos de una sociedad hacen que sea un sistema con gran diversidad de situaciones que regular bajo numerosos cri-*

183 Delaveau, R. (2016). *Importancia del análisis económico del Derecho*,

terios. La lógica jurídica, entonces, es un instrumento esencial al momento de administrar justicia. Un profesional del Derecho depende de su formación académica para ser capaz de entender y usar apropiadamente las normas que tiene a su disposición. Las antinomias, anomias y vacíos legales, exigen que *un juez no sea únicamente aplicador del Derecho, sino creador del mismo. Todas las decisiones judiciales deben ser correctamente motivadas a base de la ley y no a beneficios particulares.*

El Derecho no es un sistema lógico, sino praxeológico; no es producto de la razón humana sino del accionar humano, de sus expresiones de voluntad, en todo caso, de la política. Las normas que se establecen no son creadas de manera lógica o razonada, sino de manera totalmente espontánea. El dinamismo del Derecho demanda su relación con otras ciencias que lo complementan. La praxeología permite establecer al Derecho y a la Economía en un mismo ámbito, en el que el centro de atención gira en torno al ser humano y sus acciones continuas. Para crear o establecer sistemas sociales se debe primero analizar detenidamente los sujetos a los cuales se va a asignar el sistema y su naturaleza cambiante. El Derecho y la Economía están estrechamente relacionados, ciertos conceptos de uno afectan ampliamente y de forma positiva cuando se aplican en el otro, tal es el caso de la eficiencia y la eficacia. Sin embargo, el Derecho más que eficiente debe ser justo y para lograrlo necesita ejercitar a los jueces en una continua expedición de sentencias que sean el resultado de un razonamiento deductivo inteligente y apropiado. Además, el juez debe ser entendido como creador de Derecho y no únicamente como aplicador de la ley. En una legislación eficaz no importa el número de normas que se expida, sino la eficacia de cada una para regular las acciones humanas.

5. REFERNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera, R. (2010). La relación de una triada compleja: entre el Derecho, la moral y la política. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (citado el 28 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3438198

Arias, J. (1982). El Derecho natural y las ciencias jurídicas. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4928126

Atria, F. (1999). Del Derecho y el razonamiento jurídico. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. (citado el 17 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128774

Ávila, F. (2004). Consideraciones sobre la filosofía de los Derechos humanos, su fundamentación e institucionalidad en la obra de Gino Capozzi. Utopía y praxis latinoamericana: *Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social,* (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2733446

Barreto, C. (2011). Modelo de asociación pública-privada: un enfoque de teoría de contratos. *Revista de Economía institucional*. (citado el 24 de junio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3812955

Bernal, N. (2016). El razonamiento jurídico del juez y las formas articuladas de justicia constitucional desde una perspectiva comparativa. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. (citado el 17 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4521974

Calsamiglia, A. (1999). *Estudio preliminar*. Los Derechos en serio.

Cassese, S. (2010). El Estado presente del Derecho administrativo italiano. *Revista de administración pública*, (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3359749

Conte, J. (2004). La emergencia y el sistema de Derecho privado, *Prudentia Iuris,* (citado el 30 de julio de 2017): disponible en http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/collect/Revistas-old/tmp/prudentia81.html

Corona, L. y Arredondo B. (2015). Ciencia jurídica y enseñanza del Derecho. Misión Jurídica: *Revista de Derecho y ciencias sociales*, (citado el 16 de abril de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5645597

De Castro, B. (1999). *Moral y Derecho. Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural.*

Del Vecchio, G. (1974). *Filosofía del Derecho*, España: Bosch Casa Editorial.

Escobar, F., Castillo, M. y Ortega, M. (2007). Economía y Derecho: buscando el equilibrio. THEMIS: *Revista de Derecho*. (citado el 19 de junio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3753658

Fernández, A. (1994). *La Economía de la complejidad, Economía dinámica caótica*. España: McGraw-Hill Interamericana de España.

Garate, R. (2009). *El razonamiento jurídico. Derecho y ciencias sociales*. (citado el 15 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5618204

García, L. (1997). *Aproximación al concepto de Derecho de Roscoe Pound*, trad. Leopoldo García. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos,* (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241243

González, R, (2003). Reflexiones sobre el futuro de la enseñanza del Derecho y sobre la enseñanza del Derecho en el futuro. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* (citado el 16 de abril de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=296839

Gordley, J. (2002). Los fundamentos morales del Derecho Privado. *Ius et veritas*, (citado el 30 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4768901

Guerra, C. (2014). *Una aproximación al análisis económico del Derecho. Aequitas*, 3 (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4996652

Guerra, C. (2009). *Una aproximación al análisis económico del Derecho. Aequitas*, (citado el 16 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4996652

Hart, H. (1962). *El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral. Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Desalma.

Henrik von Wrigth, G. (2016). ¿Lógica sin verdad?. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853889

Herrán, J. (2010). Instituciones y praxeología. Un análisis comparado. Procesos de mercado: *Revista europea de Economía política*, (citado el 19 de junio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5378740

Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.

La Porta, A. (2001). *Entre el Derecho y la moral*. México: Fontamara.

Lanos Mansilla, H. (1977). *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Legendre, P. (2016). La otra dimensión del Derecho. Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*. (citado el 17 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5783375

Llewellyn, K. (2003). El Derecho y las ciencias sociales, especialmente la sociología. Academia: *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, (citado el 27 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3740643

Maranhao, J. (2009). La lógica en el Derecho. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. (citado el 15 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3288164

Navarro, R. (2010). Una introducción a la metodología del Derecho. Lógica y Hermenéutica Jurídica. *Frónesis,* (citado el 16 de abril de 2017): disponible en http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315626820100001000 08&lng=pt&tlng=es

Nogueira, H. (2009). *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

Ortega y Gasset, J. (1994). *Lecciones de metafísica*. Madrid: Alianza Editorial.

Pérez Luño, A. (1991). *¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho.*

Petzold-Pernía, H. (2008). Una introducción a la metodología del Derecho. *Frónesis*. (citado el 30 de julio de 2017)

Radbruch, G. (1999). *Rechtsphilosophie.*

Rivera, L. (2014). Relación epistemológica entre pedagogía, didáctica y Derecho. *Revista de educación y Derecho,* (citado el 28 de julio de 2017): disponible en http://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10198/13050

Rodríguez Ferrara, M. (2007). La enseñanza del Derecho en los países de Derecho escrito. *Dikaiosyne: Revista semestral de filosofía práctica*, (citado el 16 de abril de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2568460

Ruiz, M. (2006). *Coherencia lógica y sistema jurídico. Racionalidad y Derecho.* (citado el 17 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2287811

Soto, F. (2017). El razonamiento jurídico y la interpretación del Derecho. *Revista jurídica de Cataluña*, (citado el 16 de abril de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2070549

Thomasius, C. (1994). *Fundamentos de Derecho natural y de gentes*. Madrid: Tecnos.

Vaquer, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *Revista de administración pública*, (citado el 19 de junio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3802821

Von Hayek, F. (1974). Información Comercial Española. *Revista de Economía*, (citado el 28 de julio de 2017): disponible en http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/ECONOMIA

Witker, J. (2015). Las ciencias sociales y el Derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (citado el 30 de julio de 2017): disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5156428

Zaragoza, J. (2007). *Derechos penitenciarios*. México: Editorial Lazcano.

Recibido: 01/08/2017

Aceptado: 28/11/2017

Cynthia Mishel Gudiño Flores: Investigadora jurídica del estudio Cevallos & Noboa.

Correo electrónico: cynthigf98@gmail.com

Metodología del Apriorismo y la Deducción Lógica

Methodology of Aprilorism and Logical Deduction

Lissangee Stefanía Mendoza García
Investigadora PUCE

Dr. Rubén Méndez Reátegui, PhD. - DSc.
Docente Titular Principal PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Mgtr. Francisco José López Rueda
Docente Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 285-300, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la metodología empleada por los jueces en la resolución de casos constituye un tema de discusión relevante entre juristas interesados en la materia judicial. A partir de esto, este documento recopila aportes de la doctrina mayoritaria en aras de diferenciar los métodos lógicos que los agentes jurídicos aplican en una decisión judicial de un caso. A base de estos enfoques doctrinarios sobre las decisiones judiciales, nace una interrogante: ¿Por qué se considera que los jueces deben aplicar de manera praxeológica las normas?; ¿Para qué se incluye la Economía en el Derecho? Y; ¿Cómo el juez implementa su razonamiento jurídico en las resoluciones judiciales? Respuesta que se complementa con el razonamiento jurídico y la metodología lógica empleada por los agentes jurídicos, donde se consideran las influencias subjetivas y objetivas que inciden en estos procedimientos judiciales.

PALABRAS CLAVES: metodología lógica, agentes judiciales, decisión judicial, razonamiento jurídico, praxiología.

ABSTRACT: the methodology used by the judges in the resolution of cases constitutes a subject of relevant discussion among jurists interested in judicial matters. From this, this document collects

contributions from the majority doctrine in order to differentiate the logical methods that legal agents apply in a judicial decision of a case. Based on these doctrinal approaches to judicial decisions, a question arises: Why is it considered that judges should apply the rules in a praxeological manner? Why is Economy in Law included? ¿How does the judge implement his legal reasoning in judicial decisions? Response that is complemented with the legal reasoning and the logical methodology used by legal agents, where the subjective and objective influences that affect these judicial proceedings are considered.

KEY WORDS: logical methodology, judicial agents, judicial decision, reasoning, praxeology.

INTRODUCCIÓN

El proceso de toma de decisiones, para un caso, por parte de los agentes judiciales está sujeto a varias teorías sobre la metodología empleada por los mismos para su determinación. Esto abarca muchos ámbitos tanto internos como externos que encaminan a una decisión justa y acorde con la normativa que se aplique. Existe curiosidad por el procedimiento que se cumple para llegar a una resolución, se relaciona al juez con una institución jurídica que solo hace cumplir las normas[184], otros afirman que el juez utiliza un riguroso proceso de interpretación de las normas para su aplicación[185], por lo que se debe diferenciar las metodologías aplicadas y aplicables en una decisión judicial, pero, en estos dos enfoques se debe tener en cuenta que la norma que se pretenda utilizar dentro de un caso es aquella que el juez decide aplicable, punto que se tocará más adelante.

Este procedimiento lógico judicial cumple con prospectos que los agentes jurídicos aplican para la correcta y justa toma de decisiones. La controversia entre si el juez debe dejarse influenciar de su pensar subjetivo o debe regirse a raja tabla lo que la normativa positivizada establece para la resolución de dichos casos, tanto de manera general

184 Montesquieu. (1748). *El espíritu de las leyes*, recuperado el 3 de junio de 2017 de: http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espirituDeLasLeyesT1.pdf

185 Figueroa, N, Huayta y Rodríguez, M. (2011). Deducción y deductivismo: reflexiones sobre su funcionalidad en la decisión judicial, *Artículo de revista no mencionada,* s. f., recuperado el 3 de junio de 2017 en: http://perso.unifr.ch/Derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_03.pdf

como de manera específica. La base de imparcialidad que el tribunal de jueces debe de presentar ante el asunto es uno de los elementos en los que descansa la decisión que va a efectivizar el sistema jurídico regulador de las conductas humanas y de su respectiva consecuencia cuando uno de sus componentes incumple las normas ya que podría poner en peligro la seguridad jurídica y además debido a la suspensión de Derechos debido a las acciones de otros.

Los elementos que los agentes judiciales requieren para la toma de decisiones varían a consideración personal, por esto, la sistematización de estos elementos y la correcta aplicación y síntesis de los mismos durante el proceso para obtener una decisión y argumentarla en la sentencia, cobra relevancia en el marco investigativo de este documento por el empleo de métodos lógicos y razonamiento jurídico que los jueces aplican en cada caso. A partir de esta primera aproximación, se introducen los objetivos subsiguientes que consisten en: identificar los elementos de manera sistemática que utilizan los jueces para la construcción de un argumento judicial; señalar las formas de razonabilidad jurídica en las resoluciones judiciales; explicar la aplicación praxeológica de las normas por los agentes judiciales a una sentencia. Por ello, las decisiones judiciales determinadas por una autoridad, el juez, pueden tener varias características y complementarse con ramas que acompañan al Derecho. Estos puntos son el objeto de estudio del documento, conceptos que serán profundizados a continuación.

Proceso de sistematización de argumentos judiciales

Algunos autores sostienen que "algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos"[186] y otros indagan en que "cuando se decide argumentativamente, ambos aspectos pueden separarse: hay buenas decisiones mal argumentadas, y a la inversa, buenas argumentaciones en favor de decisiones erróneas".[187]

186 Taruffo, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes, *Revista de Derecho*. Vol. XV, párr. 7, recuperado el 5 de junio de 2017 en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext.

187 Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales, *Revista Dianóia*, vól. LVI. 114, recuperado el 4 de junio de 2017 en: http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v56n67/v56n67a6.pdf.

La argumentación en la decisión judicial requiere de un sistema que permita que la resolución del caso tenga coherencia con los precedentes del caso y el desarrollo del mismo. A partir de la lógica deductiva de los agentes judiciales y la motivación que estos tienen para la toma de decisiones, se debe realizar una evaluación para determinar si esta argumentación concuerda con los tecnicismos necesarios para establecer la sentencia. En el ámbito jurídico, podría resultar confuso establecer la lógica ya que se cuestionaría la verdad o falsedad de instituciones jurídicas, las cuales son simplemente consecuencia de la interacción humana, más no de la lógica en sí. Debido a que, el punto a que se refiere, es que esta interacción humana requiere conducta de las partes en relación, por lo que, si esta conducta afecta a la integridad o dignidad del otro, debe ser correspondientemente sancionada y así, en el sentido que continuamente evolucionamos nuestra conducta en la sociedad, se deben crear normas que regulen esas novedades, y jueces, que perciban la falta de normas y que, con la intervención del sistema legislativo y democrático se creen nuevas leyes en que los jueces puedan tener interpretaciones específicas para cada nuevo caso.

La sistematización que el juez debe fijar para la toma de decisiones es imprescindible para una sentencia justa y determinativa del acto procesado en cuestión. El papel que el juez desenvuelve en un caso es de trascendental importancia, debido a que, son quienes desarrollan una decisión final influenciada por las pruebas y argumentos presentados por los agentes jurídicos que son los representantes de las partes involucradas. El sistema de toma de decisiones que los jueces utilizan desde la presentación de hechos hasta la redacción de la sentencia también infiere en la obtención de justicia en cada resolución determinada por los agentes judiciales.

Un punto que cabe recalcar, es la diferencia entre fundamentar el argumento y motivar la sentencia: el hecho de aplicar las normas interpretadas por el juez, es simple fundamento; en cambio, motivar la sentencia es atribuirle racionabilidad a la decisión judicial tomada. Por esto mismo, existen sentencias fundamentadas y otras motivadas, pero por medio de la motivación se puede analizar cada incongruencia que la sentencia puede presentar para que en la situación en que se vuelva a abrir el caso, los jueces tengan como punto de partida los errores en la motivación o poca influencia en la misma para la decisión tomada con anterioridad. Esta falta de motivación es sancionada acorde con la normativa de cada país.

En conclusión, el proceso de sistematización de los argumentos identifique aquellos agentes jurídicos que deben tener una correcta argumentación y redacción de la sentencia por medio de la cual se deben tener en cuenta los hechos anteriores y posteriores al acto en cuestión, por lo que el juez debe tener un sistema completo para que la sentencia sea justa y redactada de forma correcta para declarar la decisión tomada. Las sentencias motivadas son aquellas que le dan sentido a la fundamentación de argumentos en la redacción de la sentencia condenatoria o liberatoria. Además, las resoluciones deben ser lo suficientemente motivadas para que esta decisión judicial sea legítima y válida.

1. RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

La decisión judicial, aquel fallo emitido por un juez competente ante un conflicto, "está basada en una norma válida de la que es aplicación y su alcance es individual en cuanto que afecta a persona o personas determinadas"[188] es determinante para las partes implicadas en dicha situación debido a la deliberación de la culpabilidad o exhumación de culpa del acusado o acusada por causas de acción u omisión sancionadas en la Constitución, códigos y leyes.

Estas, denominadas también, resoluciones o sentencias necesitan de todo un proceso *a priori* que debe cumplir el juez, proceso que tiene varios enfoques de los cuales se han reducido a dos: el juez como mero instrumento de aplicación del *ius conditum* y el juez como institución jurídica de interpretación de normas a aplicar en un caso. En el caso del juez como repetidor y aplicador de una norma escrita y vigente, se lo asemeja al conocimiento científico que es un tipo de conocimiento racional más bien objetivo, se diferencia del caso del juez como interpretador de la norma en un juicio acorde con su semejanza con el conocimiento práctico que está disperso en las mentes humanas y es subjetivo.[189]

Ahora bien, el tipo de juez del cual se trate, en cuanto a un intérprete de las normas jurídicas o un mero aplicador de las mismas sin criterio

188 Iturralde, V. (1995). Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law, *Anuales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación,* , vol. XII. 402, recuperado el 10 de junio de 2017 en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142313.pdf.

189 Hayek, F. (1945). The use of knowledge in society, The American economic review, vol. 35. 521.

jurídico aparente, es decir, un juez como "boca de la ley" no solo depende de la formación o el profesionalismo del juzgador, sino también del sistema jurídico en el que el juez se desenvuelva.

La interpretación de las normas por parte de los jueces es más plausible en un sistema jurídico anglosajón, en el que los precedentes son parte fundamental en la motivación de las decisiones judiciales. En cambio, el sistema jurídico de tradición romano-germánica, del cual deriva el civilista, el papel del juez es mucho más limitado, considerando que su criterio no debe separarse de la norma escrita, salvo ciertos casos en los que su interpretación es necesaria para la garantía de Derechos de las personas.

La interpretación de las normas por parte de los juzgadores, sin que estos se vean atados a un simple ejercicio de subsunción, es una dinámica por demás interesante en el sistema anglosajón, el cual fue importado a Estados Unidos, dándole su propio carácter. A manera de ejemplo, si no existiese el sistema anglosajón y la forma de interpretación del Derecho por parte de los jueces, muy probablemente el mundo se hubiese visto privado de sentencias icónicas como *Marbury versus. Madison, Miranda vs. Arizona o Brown versus. Board of Education.*

La motivación

La motivación se podría enfocar, según Atienza como: "la obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que deben ofrecer buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión". El rol de la motivación para la toma de decisiones es un Derecho para las partes, debido a que, en la sentencia se establecen las razones jurídicas por las que la decisión fue adoptada. Estas razones jurídicas, que se enfocan directamente en las razones que el Derecho le permite emplear en el juicio, necesitan cumplir tres requisitos primordiales: lógica, razonabilidad y comprensibilidad. La lógica comprende aquellos métodos sistemáticos que permiten que exista coherencia entre los hechos, normas y la decisión, esto se relaciona con el silogismo jurídico y su eficacia para la deducción lógica de toda la información obtenida del hecho suscitado, lo cual será objeto de análisis en el tema subsiguiente.

La razonabilidad en que se maneja, desde la toma de decisiones hasta la percepción de las mismas por el juez. Según González, la razonabilidad jurídica:

(...) se encuentra sometido a reglas de formación y transformación de enunciados que regulan la validez de sus combinaciones. Sus premisas están formadas por lo menos por un fundamento jurídico, que estipula un deber ser o acción deseada. Como tal es una proposición que dice cómo se puede o debe actuar, no como se actúa en la realidad.[190]

Relacionado así con el silogismo jurídico y las dos premisas, mayor y menor, que conllevan a la obtención de la consecuencia de las mismas como conclusión del silogismo. El mismo autor añade luego que la razonabilidad puede ser concebida desde la heurística jurídica, donde la define desde esta perspectiva como "un procedimiento conformado por un conjunto de actos mentales claramente interpretativos, asociativos y volitivos". Estos actos mentales son los procedimientos en que el juez utiliza su razonamiento jurídico de manera electiva, comparativa e interpretativa de la norma, como un acto en parte voluntario del mismo al tomar la decisión.

Para Aarnio, existen dos formas más de razonamiento jurídico: "La explicación *causal o intencional*, además, responde al por qué (¿por qué las cosas suceden así y así?). Finalmente, el aspecto justificatorio (contexto de justificación) arroja luz sobre la argumentación (sobre ¿cuáles son las razones?)"[191] claramente, se establecen los parámetros de justificación de la razonabilidad que se aplica en cualquier decisión y además las bases de argumentación que se requieren para la comprensibilidad de la resolución.

Proceso para motivar una sentencia por parte de los agentes judiciales

Los agentes judiciales tienen varios elementos en cuenta para obtener la motivación con su justificación de valor para la sentencia. Según Cavanillas:

Empezando por la "materia" a motivar, el primer componente de una sentencia es la fijación de los hechos, efectuada a partir de la apre-

190 González Solano, G. (2006). La Heurística Jurídica, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10.180, recuperado el 10 de junio de 2017 en: http://www.rtfd.es/numero10/7-10.pdf.

191 Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, *Revista DOXA*-8. 25.

ciación de la prueba y mediante la aplicación de presunciones y reglas de la carga de la prueba. Por qué el juzgador considera que ciertos hechos han ocurrido o no han ocurrido es materia necesitada de motivación y así lo ha decidido el TC[...][192]

En tanto los hechos que sean mostrados por las partes y sean comprobadas por las pruebas que se presentan al tribunal, los jueces formarán sus propios argumentos para establecer la exhumación o culpabilidad de la parte acusada. La motivación se basa en aquellos hechos que ya no se presumen, sino que se conoce su veracidad, por lo que Cavanillas afirma: "La segunda parte de la sentencia es la que afecta al fondo y consiste en la aplicación a los hechos probados del Derecho positivo, debidamente interpretado y, en su caso, integrado". En ese sentido, el juez aplica lo que se denomina el silogismo jurídico, donde de una premisa mayor que se relaciona con la normativa que se pidió por las partes que se aplique, la premisa menor que es el hecho suscitado y causante del juicio, por último, la conclusión o consecuencia dictaminada por los jueces.

Al relacionar la premisa mayor y menor, los jueces encuentran la motivación por la que basarán su resolución. Según Figueroa y Huayta:

(...) Desde la perspectiva de la lógica formal (aristotélica), como de la lógica deóntica o normativa. En su primera vertiente, el silogismo jurídico, no es más que un juicio lógico realizado por el juez (...) Siendo así, el juez no tiene voluntad alguna, pues la voluntad es la expresada por la ley. Su labor es puramente "mecánica".

A partir de esto, existe una discusión entre la mera aplicación mecánica de normas por el agente jurídico, quiere decir sin la voluntad del juez, y la aplicación de normas, según Taruffo, de forma interpretativa, referente a la inclusión de la voluntad del juez. Si implica de parte y parte, ya que, el juez utiliza la elección de la norma, lo cual incluiría la voluntad del agente jurídico, pero al aplicar la norma y adherirla al caso en cuestión, sería de manera formal, más no voluntaria, simplemente objetiva y arbitraria, aúnque la motivación permita colocar un porcentaje de voluntad del juez.

192 Cavanillas, S. (2006). La Motivación judicial de la indemnización por daño moral, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Num. 20. 161.

La motivación en una resolución por elementos externos permite que la sentencia tenga un enfoque del juez donde se presenten las razones que en sí motivaron la decisión para establecer la arbitrariedad con la que este se manejó. Es un punto tan importante, que, si la sentencia no es suficientemente motivada, el juicio es completamente nulo. Por ende, la motivación es un requisito para legitimar y validar una resolución judicial, lo que cumpliría con el ámbito democrático del sistema judicial.

La motivación entonces dota de seguridad y solvencia al sistema judicial. Si los jueces no motivaren sus sentencias, estas no serían más que opiniones antojadizas que las personas deberían acatar sin ningún tipo de convicción que vienen de autoridades con una calidad académica y moral elevada. El sometimiento de las personas al Derecho viene dado de la creencia firme que los jueces son personas con una inteligencia suficiente para decidir la solución a controversias que se presenten en la sociedad a través de un ejercicio de interpretación de normas que no cualquier persona podría realizar.

Cuando la democracia se respeta como principio fundamental del sistema judicial, se garantizan los Derechos de las partes implicadas, una de estas garantías es el Derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y al debido proceso. El agente judicial, en este punto, viene a ser un instrumento por el medio del cual los implicados, tanto interna como externamente del juicio, tengan la seguridad que la decisión judicial respetará sus Derechos y, en cambio, hará que estos prevalezcan y no sean vulnerados. Cuando una decisión está motivada, se entabla una justificación valorativa de la motivación adoptada.

Por lo tanto, las determinaciones que el tribunal obtendrá dependerán de la continuidad de la parte defensora y la acusadora, tanto como la forma de plantear los hechos como de decidir la norma que se debe aplicar para acompañar la justa resolución y consecuencia del juicio. Para esto, se identifican los argumentos que se redactan en la sentencia, los cuales deben de entablar el porqué de la decisión y lo que se determinó luego de la examinación realizada por el juez y su sistematización lógica.

La sentencia no solo depende de un ejercicio mental del juez, sino que depende de la presentación del caso por parte de los litigantes, de la estrategia que estos lleven a cabo para obtener una respuesta positiva a su pretensión y la interpretación que el juez realice técnicas

que deriven de la dimensión argumentativa del Derecho. Un juez debe llegar a una conclusión de los hechos subsumidos al Derecho que los litigantes llevan ante sí. Atrás quedaron los tiempos en los que el juez era el encargado de encontrar la verdad por sus propios medios, sin la ayuda de las partes que se someten a juicio.

Justificación valorativa

La definición de justificación valorativa de la motivación de las decisiones judiciales fue definida por Summers como: "justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales"[193] quiere decir, que esta medida establecerá la legitimación de la sentencia determinada por el juez.

La razonabilidad del juez debe de plantearse en la norma base y partir de una interpretación extensa donde se establezca la justificación de la decisión judicial, ya que no puede erróneamente utilizar normativa que no se haya pedido por una de las partes o, simplemente, basarse en hechos ajenos al caso a tratar en el juicio. Con esto, se podría entablar una justificación suficiente para motivar la sentencia.

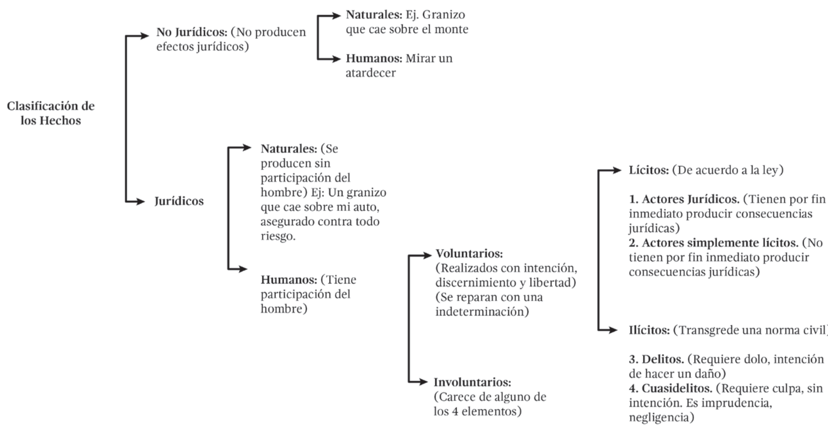
Cabe recalcar, que una de las garantías que el sistema jurídico ofrece es la certeza jurídica, que por medio del empleo de la justificación valorativa se pretende lograr este elemento imprescindible de la democracia en lo que tiene que ver el ámbito judicial. No debe de existir la arbitrariedad de los agentes judiciales por lo que, la decisión cumpliría con la característica de imparcialidad de los jueces y, por ende, de la certeza jurídica y Derecho al debido proceso. Esta imparcialidad debe ser visible en la razonabilidad plasmada en la motivación de la sentencia. Por ello, toda decisión judicial necesita ser debidamente motivada.

Clasificación de hechos: existe una clasificación del hecho jurídico, la cual influye también en la racionabilidad del operador jurídico al

193 Summers, R. S., (1978). The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification, *Cornell Law Review*, núm. 63. 724 y ss. Cita de referencia en el artículo de: Vigo, Rodolfo Luis, Razonamiento Justificatorio Judicial, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n° 6, 2003. 495. Recuperado el 20 de julio de 2017 en: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/razonamiento-judicial-justificatorio-0/

momento de la presentación de los hechos. En el siguiente gráfico se establece la clasificación:

Gráfica 1



En relación con esta clasificación, la influencia en que el hecho en cuestión se encuentre en una de estas ramas es de suma importancia tanto para ver la intención de causar el daño a otra persona o simplemente causarlo de forma no intencional. También para descartar la ilicitud de cierta acción y proclamar su licitud en la norma con pruebas a favor, lo que también será motivación del juez al examinarlo.

Entonces, debido a la motivación, justificación valorativa y clasificación del hecho que el juez plasma en la sentencia para la determinación de la misma, se enfoca que la aplicación de la norma en un determinado caso es interpretativa y, por ende, subjetiva. Esto radica en el conocimiento praxeológico que utiliza tanto el método deductivo como inductivo como medios logísticos para llegar al razonamiento jurídico que el juez requiere para las decisiones judiciales.

Aplicación Praxeológica del juez

La interpretación jurídica “es el conjunto de procesos lógicos a través de los cuales se le atribuye un significado a una norma o se des-

cribe el sentido de sus enunciados”[194]. El juez sigue un proceso dinámico. Este procedimiento es trascendental en la toma de decisiones judiciales ya que “a través de la interpretación se explica el sentido de una ley, decisión o acto”[195]. Dado que, el agente jurídico, por medio de su razonamiento lógico, elige la norma que va a estar intrínseca en el caso a sentenciar, necesita del método deductivo para que al tener conocimiento de los hechos pueda explicar su motivación para la elección de la norma base en la cual radica la posible resolución del caso.

La praxeología señala que el agente judicial debe tener lo denominado *causalidad o precedente*, lo cual se da por conductas humanas ya previstas en la normativa, y a partir de estos actos se considera la magnitud de la consecuencia jurídica que la persona actora debe de cumplir. Por lo que, para que exista una decisión judicial, se necesita que exista una positivización de los actos que pretenden ser regulados, por medio de la norma, y para llegar a esto, un ámbito social cuya conducta requiere de límites para la consecución del bien común, que es uno de los objetivos del Derecho.

Existen seis vías o procesos de abducción en los que el juez decide la norma por determinado hecho para la toma de una decisión pero, independientemente de aquellas posibles clasificaciones de procedimientos de motivación, el apriorismo deductivo está presente en estos 3 elementos. El procedimiento praxeológico tiene dos métodos: el método deductivo como técnica del razonamiento jurídico permite al juez de una norma general decidir sobre un caso en particular, a diferencia del método inductivo que de un caso general (o sucesión de casos con actos semejantes) definir una norma particular.

La consecución de justicia es el fin del Derecho[196]. Las resoluciones pretenden conseguir la mayor aproximación a una decisión justa, por lo que, al existir ocasiones donde se presentan acciones que deben

---

194 Cruz Reyes, E. (2010). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, *Revista Criterio jurídico Garantista*, núm. 2. 254.

195 Goig Martínez, J. (2013). La interpretación constitucional y las sentencias del tribunal constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, recuperado el 15 de junio de 2017 en: http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11696/11143.

196 Cordero Gutiérrez, I. (2011). La finalidad del proceso, *Revista electrónica diálogos de Derecho y política*, año 2, núm. 8, recuperado el 12 de junio de 2017 en: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewfile/11538/10610.

ser reguladas, el juez debe de determinar una norma que pondere el interés general del caso y que permita, mediante razonamiento e interpretación, una resolución imparcial, justa y basada en los hechos que las partes demuestran al tribunal de jueces.

Por lo tanto, la metodología que el agente jurídico utiliza en el proceso práctico conlleva la interpretación de normas por medio de la deducción o la inducción, según el caso a decidir. Las decisiones judiciales tienen previos sucesos y normas que el juez abstrae y convierte en motivación para su sentencia, motivación que también cumple con la técnica de las metodologías de inducción y deducción. Para esto, se explica que la praxeología judicial es aquella que desarrolla una lógica deductiva, que es la más efectiva en el caso jurídico, que parte de lo antes ya expuesto, hechos jurídicos y las normas que se toamn en cuenta, por lo que, la aplicación de la praxeología es constante por parte del agente judicial.

2. CONCLUSIONES

En resumen, el agente jurídico determina la decisión judicial de un caso por medios interpretativos y basado en la praxis, que es una metodología subjetiva empleada por medio de los métodos deductivo e inductivo que determinan la norma a aplicar al empezar el juicio y la motivación del juez para decidir su resolución al conflicto que existía en el juicio, al utilizar el razonamiento jurídico.

El juez utiliza una metodología en dependencia a los hechos que se pretenden juzgar en la audiencia, por esto, el agente jurídico utiliza la abstracción para considerar la norma con la cual se va a sentenciar al finalizar el juicio. Al decidir la norma, se procede a utilizar la lógica a lo largo del proceso judicial para así motivar la decisión hacia la culpabilidad o inocencia del implicado en el conflicto.

Uno de los puntos más relevantes es que por medio de una sentencia se obtiene lo que busca el interés general y encuentra el bien común, que es la justicia, la cual debe ser impulsada por las decisiones judiciales tomadas por los jueces, aquellas que, como a lo largo del documento, cumplen con cierto procedimiento lógico y deductivo para su consecución.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, *Revista DOXA*-8. 25.

Atienza, M. (2011). Cómo evaluar las argumentaciones judiciales, *Revista Dianóia,* vól. LVI. 114, recuperado el 4 de junio de 2017 en: http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v56n67/v56n67a6.pdf

Cavanillas, S. (2006). La Motivación judicial de la indemnización por daño moral, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Num. 20. 161.

Cordero Gutiérrez, I. (2017). La finalidad del proceso, *Revista electrónica diálogos de Derecho y política*, año 2, núm. 8, recuperado el 12 de junio de 2017 en: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewfile/11538/10610

Cruz Reyes, E. (2010). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, *Revista Criterio jurídico Garantista*, núm. 2. 254, recuperado el 12 de junio de 2017

Figueroa Navarro, A y Huayta Rodríguez, M. (2017). Deducción y deductivismo: reflexiones sobre su funcionalidad en la decisión judicial, *Artículo de revista no mencionada, s. F.,* recuperado el 3 de junio de 2017 en: http://perso.unifr.ch/Derechopenal/assets/files/articulos/a_20110107_03.pdf

García Amado, J. (2008). ¿Existe la discrecionalidad en la decisión judicial?, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2/2, recuperado el 30 de julio de 2017 en: http://historico.pj.gob.pe/cortesuprema/cij/documentos/revistaahno2no2_07102009.pdf. (2005) *Interpretar, argumentar, decidir*, Anuario de Derecho Penal. 31-73, recuperado el 30 de julio de 2017 en: http://perso.unifr.ch/Derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_05.pdf

Goig Martínez, J. (2013). La interpretación constitucional y las sentencias del tribunal constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, recuperado el 15 de junio de 2017 en: http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11696/11143

González Solano, G. (2006). La Heurística Jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10. 180, recuperado el 10 de junio de 2017 en: http://www.rtfd.es/numero10/7-10.pdf

Hayek, F. (1945). *The use of knowledge in society,* The American economic review, vol. 35, 1945. 521.

Iturralde, V. (1995). *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law,* Anuales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, vol. XII. 402, recuperado el 10 de junio de 2017 en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142313.pdf

Meisel Lanner, R. (2006). El silogismo jurídico y la jurisprudencia constitucional, *Revista Justicia,* Universidad Simón Bolivar, núm. 11, recuperado el 30 de julio de 2017 en: https://es.scribd.com/doc/52784408/SILOGISMO-Y-JURISPRUDENCIA-CONSTITUCIONAL

Taruffo, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes, *Revista de Derecho,* Vol. XV, párr. 7, recuperado el 5 de junio de 2017 en:http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext

Vigo, R. (2003). Razonamiento Justificatorio Judicial, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n° 6, 2003. 603-618. Recuperado el 20 de julio de 2017 en: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/razonamiento-judicial-justificatorio-0/

Recibido: 03/08/2017

Aceptado: 29/11/2017

Lissangee Stefanía Mendoza García: Investigadora jurídica de la PUCE

Dr. Rubén Méndez Reátegui, PhD. - DSc.: Docente Titular Principal PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Mgtr. Francisco José López Rueda: Docente Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Correo electrónico: lsmg_3014@hotmail.com

Correo electrónico: fjlopez@puce.edu.ec

Correo electrónico: rcmendez@puce.edu.ec

Aplicación Práctica de la Lógica en los Procesos Administrativos en Materia de Propiedad Intelectual

Practical Application of Logic in Administrative Processes in the Field of Intellectual Property

Luis Fernando Samaniego Izurieta
Investigador PUCE

Mgtr. Guillermo Gonzalo Lascano Báez
Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 301-319, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el documento, evalúa la aplicación de la lógica en los procesos administrativos en materia de propiedad intelectual. Adicionalmente establece los principales métodos para la utilización de la lógica en la propiedad intelectual y formula soluciones prácticas que abarquen los problemas asociados con la omisión de la lógica y los beneficios fruto de los mismos.

PALABRAS CLAVES: lógica jurídica, procesos administrativos, propiedad intelectual, principios, métodos.

ABSTRACT: the document evaluates the application of logic in administrative processes in the field of intellectual property. Additionally, it establishes the main methods for the use of logic in intellectual property and formulates practical solutions that encompass the problems associated with the omission of logic and the benefits derived from them.

KEY WORDS: legal logic, administrative processes, intellectual property, principles, methods.

INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual es un factor socioeconómico que genera impacto a nivel individual y colectivo debido a la trascendencia e importancia que ha ganado en los últimos siglos. La propiedad intelectual está referida al régimen jurídico y los Derechos que se establecen sobre "(...) *las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio*"[197]. Por ende, su protección opera como mecanismo para la promoción de desarrollo social puesto que el "p*rogreso y el bienestar de la humanidad dependen de su capacidad de crear e inventar nuevas obras en las esferas de la tecnología y la cultura*"[198]. En este contexto, es usual encontrar conflictos entre particulares, sobre signos distintivos, Derechos de autor u obtenciones vegetales, los cuales requieren la intervención y tutela estatal con el fin de garantizar la protección y cumplimiento de los Derechos legalmente reconocidos. Para este efecto, los distintos elementos de la lógica aplicables al Derecho, juegan un rol esencial en los procesos administrativos tutelados por el Estado. La optimización de los recursos disponibles, lenguaje empleado por los funcionarios públicos que tienen a su cargo la resolución de procesos administrativos, la correcta aplicación de las reglas de Derecho, la argumentación debidamente motivada, etc., son elementos de la lógica aplicables a la amplia gama de situaciones asociadas con la propiedad intelectual.

La falta de aplicación de la lógica en el ejercicio de las facultades estatales y la actuación de particulares conlleva a efectos perjudiciales, tanto para el Estado como para los particulares (quienes actúan en su calidad de administrados), pues producen falta, errónea o indebida motivación de las decisiones estatales. Mediante el monopolio de la coacción característica del Estado[199], se establecen normas de conducta obligatorias que pueden encontrarse incorrectamente aplicadas, y que en el caso concreto de la propiedad intelectual puede conllevar a lesión de Derechos morales y patrimoniales para sus titulares. Como fue mencionado, la protección de la propiedad intelectual promueve el desarrollo en sus distintas ramas, sin embargo, las decisiones administrativas que no respondan a una aplicación lógica de la norma,

197 Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*. 4.

198 Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*. 3.

199 Trujillo Vásquez, J.C. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador estudio de Derecho constitucional*. 95.

afectan sustancialmente la finalidad de la norma y por lo tanto desatienden el espíritu de "(...) *establecer un equilibrio entre los intereses de los innovadores y el interés público, creando un entorno en el que la creatividad y la invención puedan florecer en beneficio de todos*".[200]

El presente documento, evalúa la aplicación de la lógica en los procesos administrativos en materia de propiedad intelectual, y efectos adversos que provienen de su inobservancia. Adicionalmente se busca proyectar la realidad regional actual respecto a procesos bajo tutela estatal en materia de propiedad intelectual, establecer los principales métodos para la utilización de la lógica en la propiedad intelectual, formular soluciones prácticas que abarquen los problemas asociados con la omisión de la lógica y los beneficios fruto de los mismos.

1. REALIDAD ACTUAL

En Ecuador, se puede afirmar que la celeridad en la tramitación de los procedimientos es una de las mayores preocupaciones que atañen a la tutela judicial y administrativa efectiva. La sede administrativa con competencia en asuntos de propiedad intelectual en Ecuador es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (en adelante IEPI), quien tiene a su cargo la tutela de Derechos de propiedad intelectual. Como sucede en toda rama del Derecho, en la cual la actividad argumentativa es un eje transversal, la lógica es una herramienta instrumental indispensable, en la sede administrativa.

El lenguaje, es el medio de comunicación de la raza humana, cuyo uso es imprescindible para cualquier actividad administrativa o judicial. La complejidad y excesivo tecnicismo que aporta el Derecho para los sujetos agentes como los principales, puede, ciertamente, dificultar la transmisión de ideas, conceptos, etc. Se podría decir que el lenguaje es "*el instrumento y el vehículo con el cual nuestra mente distingue los elementos de la realidad, se mueve en ella, la comprende y comunica*"[201], pero un intrincado u obsoleto uso de lenguaje jurídico podría dificultar el entendimiento entre sujetos agentes e individuales.

La ineficiencia del sistema jurídico en los ámbitos de propiedad intelectual, deviene en el incremento de procesos administrativos. Me-

200 Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*. 3

201 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 1.

diante los distintos recursos de impugnación legalmente establecidos, los agentes principales se ven obligados a reconocer costos adicionales debido a las múltiples instancias disponibles al público, lo cual pone en riesgo los intereses de las partes involucradas y como ya se mencionó, desmotiva la formalización de la propiedad intelectual.

Un ejemplo que sirve para evidenciar lo mencionado es la oposición de signos distintivos, en los casos donde los intereses de un titular de Derechos de propiedad intelectual ya existentes, se vean amenazados debido a la identidad e inclusive similitud entre el signo ya registrado y aquellos posteriormente solicitados. La Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 146 plantea que "*dentro del plazo de treinta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar, por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar el registro de la marca*"[202]. En este contexto, la lógica juega un papel fundamental al dotar de herramientas para la adecuada motivación de las resoluciones administrativas.

En conclusión, la propiedad intelectual juega un rol sustancial en la sociedad actual. Los Estados, alrededor del mundo juntan esfuerzos con el objetivo de promover la importancia de la propiedad intelectual, en sus distintos niveles, debido a la amplia gama de beneficios frutos de esta materia de Derecho. Sin embargo, enfrenta una serie de adversidades que deben ser superadas mediante la implementación de medidas que involucren el uso de la lógica. Se puede evidenciar, al igual que la mayoría de sedes administrativas y judiciales estatales, ineficiencia en los procesos y métodos adoptados para alcanzar los fines específicos de las instituciones. La comunicación es un elemento imprescindible para alcanzar cualquier meta, sin embargo, el uso de terminología incomprensible para los individuos ajenos al estudio del Derecho, imposibilita en muchos casos la igualdad de condiciones y consecuentemente se producen graves injusticias.

2. MÉTODOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA

La propiedad intelectual se divide conceptualmente en tres categorías principales: la propiedad industrial, los Derechos de autor y las obtenciones vegetales. En primer término, la propiedad industrial "(...) *abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industria-*

202 Comunidad Andina de Naciones, Lima-Perú. (2000). Decisión 486. 36.

les y las indicaciones geográficas"[203], y suele tener una mayor influencia comercial en los consumidores y el desarrollo social. Luego, se puede encontrar a los Derechos de autor que están destinados a la protección de las creaciones artísticas, entre los cuales abarcan:

"(…) las obras literarias (por ejemplo, las novelas, los poemas y las obras de teatro), las películas, la música, las obras artísticas (por ejemplo, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los Derechos conexos al Derecho de autor son los Derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión"[204]

En este sentido, las oposiciones al registro que mediante la publicación en la gaceta de propiedad intelectual correspondiente, *"tiene por objeto permitir a las personas enterarse de qué es lo que se está intentando proteger a través de la solicitud y les permite presentar oposiciones que intentan desvirtuar la posibilidad que la solicitud"*[205], ya sea de una patente o marca, no obtenga el registro que se pretendía. Es en este proceso administrativo, donde los sujetos principales y agentes, deben emplear un lenguaje que cumpla con "*(…) cinco cualidades necesarias: sencillez, claridad, concisión, precisión y originalidad"*[206], con el fin de alcanzar una mejor transmisión de ideas y conceptos, que permitan a las partes alcanzar sus intereses individuales.

De esta forma, se asegura el ejercicio de la argumentación. De cumplir con estas cualidades, los sujetos agentes, se verían obligados a resolver a base de la argumentación expuesta por los distintos sujetos principales involucrados. La argumentación consiste en la "*(…) justificación destinada a persuadir a un auditorio (persona o grupo) para que acepte una tesis (una idea, acción decisión, acusación, defensa, etc.) llevando mentes ajenas de un Estado a otro con respecto a la tesis, y es pertinente cuando esta no es inmediatamente aceptable, «no salta a la vista», o no se dispone de una demostración rigurosa o de una prueba indiscutible*"[207]. En el caso de la propiedad intelectual, dicha justificación se fundamen-

203 Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*. 4.

204 Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?*. 4.

205 Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá, Colombia. *ABC De Propiedad Industrial*. 20.

206 Lastra Lastra, J.M. (2003). *Derecho a la lengua y lenguaje jurídico*. 14.

207 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 158.

taría en las fuentes de Derecho conocidas como ley, jurisprudencia y doctrina, que deberán cumplir con las siguientes características:

"a) lógica: ningún hablante puede contradecirse; b) sinceridad: todo hablante puede afirmar solo lo que el mismo cree; c) coherencia: todo hablante que aplique una propiedad P a un caso C, debe estar dispuesto a aplicar P cualquier caso N que sea igual a C en todos los aspectos relevantes; precisión conceptual: los hablantes durante un proceso de comunicación no pueden usar la misma expresión con distintos significados".[208]

Además, una adversidad que enfrentan todos los sujetos, tanto agentes como principales, es el persistente uso de falacias. Las falacias son "*recursos argumentativos inaceptables desde el punto de vista racional pero psicológicamente persuasivos*"[209]. Sin embargo, por más que sean consideradas inadmisibles, constantemente pasan desapercibidas, ya sea con la intención de engañar a las partes involucradas o un simple error al momento de elaborar un argumento. No obstante, de ser estas consideradas por los sujetos agentes, o al pasar desapercibidas en análisis de la parte opositora, puede resultar sumamente perjudicial en el momento que se emita un fallo oficial, puesto a que se pudiesen estar cometiendo graves injusticias producidas por simples mecanismos de engaño.

En segundo lugar, la propiedad intelectual se encuentra dividida en dos categorías conocidas como la propiedad industrial y los Derechos de autor. Dentro de la clasificación de la propiedad industrial, los Estados, tutelan un proceso denominado oposiciones al registro, donde posiblemente se encuentren las mayores injusticias y perjuicios producidos por la ausencia de la lógica en la praxis del Derecho. Dentro de esta práctica, tanto los sujetos agentes como principales, deben ser capaces de emplear las herramientas como el lenguaje, la identificación de falacias, o la argumentación apropiada, con el fin de obtener un fallo favorable y los más justo posible. Para que esto sea posible, el Derecho debe omitir la concepción que se tiene de una ciencia, puesto a que esta creencia induce a resistencia al cambio en una profesión social que se fundamenta en las realidades cambiantes de los entornos en los que habitan los individuos.

---

208 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 158.

209 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 167.

Soluciones prácticas

Para el caso de las oposiciones a signos distintivos son aplicables una serie de principios, tanto para defender los intereses del solicitante como del opositor (titular previo de Derechos que ha sido capaz de demostrar legítimo interés). Al momento de solicitar el registro de un signo distintivo, ya sea signo marcario de fábrica, servicios, lemas o nombres comerciales, se debe especificar la Clase Internacional NIZA[210] a la cual el signo distintivo se encuentra destinado a proteger. La protección de un signo distintivo únicamente recaerá sobre la Clase Internacional NIZA detallada y productos específicos de la misma. Es aquí donde entra la aplicación de la lógica, puesto a que los agentes principales deberán detallar de la mejor forma posible los productos o servicios protegidos, caso contrario, el signo solicitado podría entrar en conflicto con marcas previamente registradas y consecuentemente en las prohibiciones absolutas de registro legalmente establecidas, por lo que se deberá emplear un lenguaje lo más técnico y específico posible con el fin de obtener una decisión favorable en el caso de una oposición.

De cumplirse con las especificaciones antes mencionadas respecto a la protección de signo distintivo solicitado, las posibilidades que los intereses del solicitante sean cumplidos, incrementa sustancialmente. Aquí es donde entra el principio marcario denominado como "especialidad". En este sentido, "*el hecho que el registro de una marca se conceda solo con respecto a una determinada clase, determina que una persona titular de un registro de marca no pueda evitar que un tercero registre una marca similar o idéntica en otras clases*"[211]. Es por esto que los funcionarios administrativos deben ser muy minuciosos al momento de analizar los argumentos expuestos por las partes, puesto a que deberán ser capaces con las herramientas a su disponibilidad, de identificar cualquier tipo de relación o identidad entre los productos o servicios que pudieran culminar en efectos como la confusión o asociación. Sin embargo, la parte opositora, podría hacer uso del principio denominado de "vinculación" que consiste en una excepción al principio de especialidad y es aplicable en los casos donde "(...) dos productos o servicios presentan vinculación por su naturaleza o por la

210 Clase Internacional Niza.- "La Clasificación de Niza, establecida por el Arreglo de Niza (1957), es una clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas. La undécima edición entró en vigor el 1 de enero de 2017"

211 Área Derecho a la Competencia y Propiedad Intelectual, Actualidad Empresarial. (2009). *Los principios aplicables a la protección de marcas*. 4.

forma como se comercializan, entonces, a pesar de estar en distintas clases, el titular del registro de una marca podría oponerse a que otra persona registre una marca idéntica en una clase de productos o servicios vinculados". Es por esto, que como ya se ha mencionado, el criterio del sujeto agente es sumamente importante puesto a que mediante su criterio personal debe ser capaz de identificar cualquier relación competitiva entre los signos en conflicto. Sin embargo, en gran parte de los casos, los sujetos agentes desarrollan mecanismos resolutivos repetitivos, donde omiten el análisis de los fundamentos y elementos de fondo de cada caso.

Al encontrarse más de una parte involucrada, al igual que en todo proceso administrativo o judicial, es aplicable el principio lógico de no contradicción en el que se deben fundamentar todos los sujetos agentes. Este principio, aplicable a la mayoría de los casos, consiste en "*«dos juicios, de los cuales uno afirma lo que el otro niega, no pueden ser simultáneamente verdaderos» (...) «dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos ambos. De la definición del principio aludido se infiere que solamente uno de los dos juicios es falso*". Es por esto que los sujetos agentes encargados de evaluar los argumentos expuestos por las partes, deben ser capaces de discernir el contenido manifEstado, con el fin de determinar cuál de las realidades es la correcta a través de la interpretación de las fuentes de Derecho vigentes.

Por todo lo mencionado es que se afirma que una educación legal práctica, fundamentada en técnicas y principios útiles resulta imprescindible tanto para aspirantes a profesionales en materia de Derecho, como cualquier operador administrativo o judicial en ejercicio activo de sus competencias. La implementación de cursos, que toleren, acepten y reciban nuevos pensamientos fundamentados en el aprendizaje y ejecución de los distintos tipos de lógica que permita a los estudiantes acoplar "*(...) un pensamiento jurídico racional, fundamentado en las reglas de razonamiento y de la argumentación lógica*"[212] a su formación académica y ejercicio de labores profesionales. Como ya se mencionó previamente, las falacias pueden resultar seriamente perjudiciales, por lo que la identificación de las mismas y la impugnación de argumentos inválidos, deben sustituir a los cursos y prácticas obsoletas con el fin de optimizar los costos transaccionales y el acceso a la justicia en

212 Rosales Gramajo, F. (2010). *Lógica Jurídica: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante*. 15.

sus distintas materias, sobre todo respecto a la propiedad intelectual, cuyo campo de aplicación es cada vez más amplio e influyente.

"La oposición de juicios universales, en el que uno afirma lo que el otro niega, se llama contraria. Esta conclusión se deriva del siguiente extracto: «... si de una cosa universal se enuncia de una manera universal que es o que no es, las enunciaciones serán contrarias...». Actualmente esta oposición contradictoria entre juicios se designa con el mismo término."[213] Por lo general, en oposiciones a los registros, se darán "*oposiciones contradictorias*" entre argumentos y posturas expuestas, por lo que el sujeto agente deberá evaluar aquella que considere como válida. De otro lado, en el legítimo Derecho a la réplica, las partes involucradas podrán impugnar los argumentos expuestos mediante una contestación debidamente motivada e interpuesta dentro de los términos legalmente establecidos. En este sentido, *"un argumento ajeno se puede refutar cuando se demuestre que la conclusión es errónea, falsa, inconveniente, o jurídicamente insostenible; confutar o impugnarlo de modo conveniente, u objetar cuestionando la evidencia, los valores, las doctrinas presentadas en favor de la conclusión"*[214].

Entre estrategias o métodos para la impugnación de argumentos aplicables en toda rama del Derecho, se desprenden los siguientes:

"1 Prolongar los argumentos o analogías del oponente a favor de nuestros argumentos.

2 Elogiar su talento, su prestigio, antes de «soltar» nuestros más poderosos argumentos.

3 Reclamarle pruebas o razones adicionales que sustenten sus premisas y conclusiones.

4 Descubrir falacias formales (afirmación del consecuente, negación del antecedente, por ejemplo) que invaliden formalmente su discurso. O señalar las falacias informales que comete (generalización apresurada, conclusión inatenta, causa falsa, círculo vicioso, etc.) (...)

5 Demostrar que los hechos argüidos como evidencia no están suficientemente bien establecidos.

213 Maynes García. *Introducción a la Lógica Jurídica*. 31.

214 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 163.

6 Objetar las presuposiciones o creencias básicas en que se fundamentan las premisas presentadas.

7 Cuando dé lugar, encontrar contradicciones, inconsistencias o incoherencias (como las que se escuchan en los discursos preelectorales cuando prometen extender y mejorar los servicios públicos sin elevar los impuestos ni la inflación).

8 Señalar posiciones anteriores del oponente que contradigan las actuales. Aúnque toda persona puede cambiar sus criterios con el tiempo, este recurso es retóricamente importante por cuanto presiona al oponente a presentar aclaraciones que terminan debilitando su nueva posición.

9 Destacar la irrelevancia o escasa importancia de los hechos o afirmaciones.

10 Hacerle o extinguirles distinciones, aclaraciones o precisiones a sus conceptos o a sus tesis claves.

11 Encontrar absurdos, es decir, demostrar que si se aceptan los puntos de vista del oponente se entra en franca contradicción con hechos, creencias o valores bien establecidos o aceptados por la mayoría.

12 Mostrar iguales consecuencias, es decir, hacer que el oponente tenga que admitir las mismas conclusiones que rechaza (...).

13 Contra-argumentar, o sea, usando las mismas premisas del adversario, llegar a una conclusión diferente.

14 Cuestionar la verosimilitud o el crédito de las proposiciones a partir de las cuales se argumenta (observaciones, testimonios, fuentes de información, etc.).

15 Emplear, con la mayor discreción, el recurso al chiste o a la ironía en el momento y auditorio apropiado (no todo el mundo es sensible a los gracejos).

16 Poner al descubierto problemas de percepción, reconocimiento, interpretación e inferencia en la argumentación del oponente."[215]

215 García Restrepo, L.E. (2011). *Elementos de lógica para el Derecho*. 163-164.

En procesos de oposición al registro de un signo distintivo, el elemento de mayor influencia resolutiva es conocido como "distintividad". Este elemento tan importante es conocido usualmente como:

"(...) una característica, función y requisito de registro de las marcas comerciales. Se trata de un concepto flexible y dinámico en el tiempo, que varía de acuerdo al uso que se le dé al signo marcario. Así, la forma de cómo se usa el signo condiciona su distintividad, sea para obtenerla, aumentarla o incluso para perderla, lo cual a su vez puede incidir en el registro marcario."[216]

En este sentido, se puede determinar que es una característica indispensable que todo signo que pretenda ser registrado, debe poseer. Los sujetos agentes, deben ser capaces de determinar si los signos, que día a día son solicitados en un gran volumen, cumplen con esta cualidad. Usualmente, el método más empleado es el cotejo marcario que consiste en la evaluación de las similitudes entre los signos en conflicto sucesivamente, este proceso debe seguir las siguientes reglas:

"Regla 1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

Regla 2. Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

Regla 3. Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.

Regla 4. Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos."[217]

Este es un gran ejemplo, donde los operadores de justicia deberán regirse por reglas de conducta previamente establecidas. Sin embargo,

216 Schmitz Vaccaro, C. (2012). Distintividad y uso de las marcas comerciales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39.

217 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2016). *Cotejo Marcario – Entre el signo CALMODOX y la marca CALMIDOL / Marcas Farmacéuticas - Rigurosidad de examen de confundibilidad / Expresión De Uso Común – Partícula CALM / Registro Marcario – Procedencia frente al signo CALMODOX al no existir semejanzas con la marca CALMIDOL*. 13.

la decisión final respecto a la factibilidad del registro depende de la valoración individual del funcionario encargado.

Finalmente, el último de los principios que se tratará en el presente documento, aplicable en la defensa de los intereses de las partes involucradas, específicamente en materia de propiedad intelectual, es el principio de coexistencia marcaria. Una marca, puede coexistir pacíficamente con otra, inclusive si es idéntica a otra ya registrada en la misma Clase Internacional Niza. Es por esto, que esto puede ser utilizado como argumento en la defensa de los intereses del solicitante de una marca. La pregunta que se tiene que formular a la autoridad competente es ¿Por qué si la marca opositora, pudo coexistir con otra proveniente a la misma Clase Internacional Niza, ya existente y cuyas características se asemejan, no podría coexistir con el signo recientemente solicitado? En este sentido, los sujetos agentes encargados de resolver sobre ese asunto específico, se encuentran obligados a evaluar la morfología conceptual de las marcas ya registradas, con el objeto de determinar la coexistencia marcaria. De comprobarse este argumento, el solicitante de la marca incrementaría sustancialmente su posibilidad de acceder a registro, sin embargo, existen métodos alternos para la resolución de este tipo de conflicto, denominados Acuerdos de Coexistencia Marcaria. Mediante dichos acuerdos, las partes involucradas pactan términos específicos que por lo general resultan en el desistimiento de la oposición a cambio de la limitación de los productos o servicios destinados a proteger por el signo distintivo solicitado. Para que esto se dé, se emplea como medio de comunicación el lenguaje, puesto a que, la parte solicitante deberá renunciar a la protección de los productos y servicios protegidos que puedan ser un riesgo competitivo para la parte opositora, por lo que deberá detallar lo más específicamente posible la protección marcaria mediante un lenguaje claro y conciso. Los acuerdos de coexistencia son definidos como:

"(...) aquellos pactos que realizan los empresarios (titulares de las marcas), para que marcas similares o casi idénticas, a nombre de titulares diferentes, utilizadas para identificar productos iguales, similares o distintos, puedan coexistir en el mismo territorio para su comercialización o para su registro."[218]

218 Ramírez Vallecilla, N.M. y Vernaza Gómez, Pablo Rubén. (2016). *La idoneidad de los acuerdos de coexistencia marcaria como medios para evitar el riesgo de confusión en los consumidores*. 27.

Por lo antes expuesto, se puede comprobar que la resolución alterna de conflictos, mediante mecanismos como los Acuerdos de Coexistencia Marcaria, se constituyen como un método que optimiza tanto los costos transaccionales de los procesos, como los resultados alcanzados a través del mismo. Sin embargo, existen múltiples mecanismos de resolución alterna de conflictos mediante los cuales se "*(…) busca que el poder de cada una de ellas incida lo menos posible en la resolución del conflicto. En este sistema, lo principal es cuidar la relación de las personas, ya que en la mayoría de los casos, una vez terminado el conflicto, siguen relacionándose o conviviendo en la misma comunidad (…)*"[219]. Para resolver de manera alterna estos conflictos, se deben tomar en consideración las siguientes premisas:

"*a)* *Reconocer y aceptar que se vive una situación de conflicto.*

b) *Tener la voluntad y la disposición para participar en un proceso de resolución del conflicto.*

c) *Reconocer el Derecho y la legitimidad de ambas partes para plantear sus necesidades e intereses.*

d) *Estar dispuesto(a) a salvaguardar los intereses fundamentales o integridad de ambas partes.*

e) *Estar dispuesto(a) a iniciar un intercambio de mutua dependencia, que incluya a los grupos implicados. Su incumplimiento hace que la intervención no proceda.*"[220]

En tercero y último lugar, existen una serie de principios aplicables a la propiedad intelectual, los cuales pueden ser optimizados mediante la correcta aplicación de la lógica jurídica y la gama de elementos que la conforman. Inicialmente se postula el principio de especialidad y su excepción, el principio de vinculación, los cuales son un reto para los sujetos agentes y principales, puesto a que deben evaluar correctamente la situación actual y determinar la existencia de cualquier

219 González Arreola, A., Vázquez Valencia, L., Archundia Bañuelos , V., Rangel Martínez, G.M. y Castilla Juárez, K. (2011). Servicio Profesional de Derechos Humanos. *Mecanismos de resolución alternativa de conflictos* (mrac). 31.

220 González Arreola, A., Vázquez Valencia, L., Archundia Bañuelos , V., Rangel Martínez, G.M. y Castilla Juárez, K. (2011). Servicio Profesional de Derechos Humanos. *Mecanismos de resolución alternativa de conflictos* (mrac). 31.

tipo de vinculación o competencia que pueda resultar en efectos adversos discutidos previamente. Además, los operadores encargados de impartir justicia en nombre del Estado, deberán evaluar dos o más juicios opositores que pretenden alcanzar objetivos distintos y específicos mediante las distintas técnicas de argumentación.

Las partes involucradas deberán ser capaces de impugnar la argumentación expuesta mediante el uso de cualquiera de las dieciséis técnicas proporcionadas previamente, con el fin de persuadir a la autoridad competente sobre una postura específica. Resulta indispensable tener conocimiento acerca de las falacias, las cuales pueden tornar un proceso dentro de la materia de propiedad intelectual como desfavorable en los casos donde las partes no sean capaces de identificar e impugnar o evadir la técnica de la falacia. Adicionalmente, el lenguaje es uno de los elementos más importantes de la lógica, y aplicable en todos los ámbitos de la vida humana, puesto a que es el medio de comunicación y transmisión de ideas entre individuos, cuyo uso apropiado suele favorecer a partes involucradas específicas. Finalmente, se pudo concluir que el uso de métodos como la resolución alterna de conflictos, facilita el cumplimiento de los intereses de las partes involucradas, puesto a que, optimiza tanto los costos transaccionales de los procesos, como los resultados alcanzados a través del mismo, sin la necesidad de acceder a instancias superiores y más costosas.

3. CONCLUSIONES

En conclusión, la propiedad intelectual juega un rol sumamente importante en la sociedad actual. Los Estados, alrededor del mundo juntan esfuerzos con el objetivo de promover la importancia de la propiedad industrial, en sus distintos niveles, debido a la amplia gama de beneficios frutos de esta materia de Derecho. Sin embargo, enfrenta una serie de adversidades que deben ser superadas mediante la implementación de medidas que involucren el uso de la lógica. Se puede evidenciar, al igual que la mayoría de sedes administrativas y judiciales estatales, ineficiencia en los procesos y métodos adoptados para alcanzar los fines específicos de las instituciones. La comunicación es un elemento imprescindible para alcanzar cualquier meta, sin embargo, el uso de terminología incomprensible para los individuos ajenos al estudio del Derecho, imposibilita en muchos casos la igualdad de condiciones y consecuentemente se producen graves injusticias.

En segundo lugar, la propiedad intelectual se encuentra dividida en dos categorías conocidas como la propiedad industrial y los Derechos de autor (por ahora se dejan de lado las obtenciones vegetales como una categoría separada). En sede administrativa, tanto los sujetos agentes como principales, deben ser capaces de emplear las herramientas como el lenguaje, la identificación de falacias, o la argumentación apropiada, con el fin de obtener una decisión favorable y los más justa posible.

En tercero y último lugar, existen una serie de principios aplicables a la propiedad intelectual, los cuales pueden ser optimizados mediante la correcta aplicación de la lógica jurídica y la gama de elementos que la conforman. Inicialmente se postula el principio de especialidad y su excepción, el principio de vinculación, los cuales son un reto para los sujetos agentes y principales, puesto a que deben evaluar correctamente la situación actual y determinar la existencia de cualquier tipo de vinculación o competencia que pueda resultar en efectos adversos discutidos previamente. Asimismo, los operadores encargados de dirimir controversias en nombre del Estado, deberán evaluar dos o más juicios opositores que pretenden alcanzar objetivos diferentes y específicos mediante las distintas técnicas de argumentación. Al existir una realidad que se determine como la correcta, las partes involucradas deberán ser capaces de, tanto en proceso de oposición a registros como en cualquier otra materia del Derecho, impugnar la argumentación expuesta mediante el uso de cualquiera de las dieciséis técnicas proporcionadas previamente, con el fin de persuadir a la autoridad competente sobre una postura específica.

Resulta indispensable tener conocimiento acerca de las falacias, las cuales pueden tornar un proceso dentro de la materia de propiedad intelectual como desfavorable en los casos donde las partes no sean capaces de identificar e impugnar o evadir la técnica de la falacia. Adicionalmente, el lenguaje es uno de los elementos más importantes de la lógica, y aplicable en todos los ámbitos de la vida humana, puesto a que es el medio de comunicación y transmisión de ideas entre individuos, cuyo uso apropiado suele favorecer a partes involucradas específicas.

Finalmente, se puede concluir que el uso de métodos como la resolución alterna de conflictos, facilita el cumplimiento de los intereses de las partes involucradas, puesto a que, optimiza tanto los costos transaccionales de los procesos, como los resultados alcan-

zados a través del mismo, sin la necesidad de acceder a instancias superiores y más costosas.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Achával, C. (1977). *Derecho constitucional*, 1ra ed., vol. 1, 2 vols. (Buenos Aires: Depalma)

Aparisi Miralles, A. (1992). *Introducción al concepto de Derecho,* en Introducción a la Teoría del Derecho, 1ra ed. (Madrid: Tirant lo Blanch)

Arato, J. (2012). *Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations.* International Journal of Constitutional Law 10 (3):627-59.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009) Código Orgánico de la Función Judicial.

Bidart Campos, G. (1981). M*anual de Derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Ediar)

Bryce, J. (2015) *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, 1ra ed.* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)

Cancio Meliá, J. (2002). La Constitución económica: promesas incumplibles. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 0 (7):49-101. 92.

Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 1ra ed., Serie G: Estudios Doctrinales 197 (Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).

Carpizo, J. (1980). *La clasificación de las Constituciones. Una propuesta,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado 1, n.º 38

Clinton Wheare, K. (1951). *Modern Constitutions, vol. 213*, Home University Library (Londres: Oxford University Press).

Contreras, F. (2001). *La Idea de Espíritu Del Pueblo,* En F.C.V. Savigny, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 35

Estupiñán Achury, L. (2011). Federalismos unitarios: Constitución paradigmática y nuevos federalismos, *Revista IUSTA* 2, n.º 35

Fernández Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado y del Derecho.* 1ra ed. Vol. 2. Teoría del Derecho. 2 vols. Ciencias Jurídicas. La Habana: Editorial Félix Varela

García Amado, J. (2008). *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores.* En Controversias constitucionales, 24-69. Bogotá: Universidad del Rosario.

Guastini, R. (1999). Sobre el concepto de Constitución. Traducido por Miguel Carbonell. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1 (1):161-76.

Hamilton, A. (2015). *El Federalista, 1ra ed.*, Clásicos del pensamiento político (Madrid: Akal Editor)

Herrero de Miñón, M. (1999). La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 57:11-32. 12.

Jiménez Campo, J. (1997). *Contra la Constitución Material.* En Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico, 1:42-54. Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho, trad. Roberto J. Vernengo, 1ra ed.,* Estudios Doctrinales 20 (México D.F.: UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas)

Kohan, N. (1999). Gramsci y Marx. Hegemonía y poder en la teoría marxista, Utopías, nuestra bandera: *Revista de debate político*, n.º 182

Lasa López, A. y García Ortiz, A. (2016). *Alternativas a la investigación dogmática constitucional tradicional desde el Derecho Europeo.* En XIV Jornades de Xarxes d´Investigació en Docència Universitària, 100-116. Alicante: Universidad de Alicante. Instituto de Ciencias de la Educación. 102.

Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?*, trad. Wenceslao Roces, 1ra ed., Ariel Derecho (Barcelona: Ariel)

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (Madrid: Ariel)

Lucas Verdú, P. (1976). *Curso de Derecho político*, 2da ed. (Madrid: Tecnos)

Marcuse, H. y Romero Cuevas, J. (2010). *Herbert Marcuse y los orígenes de la teoría crítica. 1ra ed. Clásicos europeos*. Madrid: Plaza y Valdés Editores.

Medici, A. (2016). Constitución material y justicia política. *Revista Política Latinoamericana* 0, n.º 2 (26 de julio de 2016): 1-20.

Morelli, F. (2007). *Entre el antiguo y el nuevo régimen. La historia política hispanoamericana del siglo XIX.,* Historia Crítica 33

Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable.* 1ra ed. Madrid: Catarata.

Pérez Royo, J. (2007). *Curso de Derecho constitucional,* 11.ª ed., Manuales Universitarios (Madrid: M. Pons)

Quiroga Lavié, H. (1978). *Derecho constitucional*, 1ra ed. (Buenos Aires: Depalma)

Sánchez Sánchez, A, (2017). Interpretación constitucional. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad* 0, n.º 13: 211-20.

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* (Tecnos).

Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución* (Alianza Editorial)

V.I. Lenin, (1976) *Obras Completas,* 1ra ed., vol. XI, L vols. (Madrid: Akal Editor)

Valencia Mosquera, C (2012). El Estado Social de Derecho colombiano: nativo político de una historia híbrida. *Revista Jurídicas* 9, n.o 2

Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal, *Revista general de Derecho Público comparado* 9.

Wolf-Phillips, L. (1972). *Comparative Constitutions* | L. Wolf- Phillips | Springer, 1ra ed., Study in Comparative Policy (Palgrave Macmillan UK)

Recibido: 05/08/2017

Aceptado: 28/11/2017

Luis Fernando Samaniego Izurieta: Investigador jurídico de la PUCE.

Mgtr. Guillermo Gonzalo Lascano Báez: Profesor Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Correo electrónico: luisfernando-samaniegoi@gmail.com

Correo electrónico: gglascano@puce.edu.ec

El Principio de los "Pesos y Contrapesos" en el Constitucionalismo Ecuatoriano Contemporáneo

The Beginning of the "Checks and Balances" in the Ecuadorian Contemporary Constitutionalism

David Israel González Pogo
Investigador Jurídico, Oficina de Procuración del Dr. Manuel Tandazo

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 321-351, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente artículo realiza una revisión sobre el principio de la división de poderes y los "checks and balances", el cual se contiene en la rama constitucional del Derecho. Conscientes que la distribución del poder y el control que se ejercen entre los organismos públicos, es fundamental para garantizar los Derechos de las personas y formar un Estado, es menester analizar su origen e importancia con el Estado moderno de Derecho. Además, establecer algunas de las patologías por las que atraviesa el principio de la distribución de funciones. De igual manera, determinar cuál es el eje transversal por el cual se guía la Teoría de la Elección Racional, en relación con el poder público. Por lo tanto, la investigación es de carácter exploratorio, ya que revisa la literatura y doctrina sobre la que versa el principio, y de manera particular, se analiza la aplicación del principio en torno a la Constitución del Ecuador del 2008.

PALABRAS CLAVES: Pesos y contrapesos, separación de poderes, Estado de Derecho, poder público, elección racional.

ABSTRACT: this paper reviews the beginning of the division of power and the "checks and balance", which controls itself in the Constitutional branch of the Law. You consent that the distribution of the power and the control that is exercised between the public organisms is fundamental to guarantee the rights of the personas and to form a State, it is necessary to analyze his origin and importance with the modern State of Law. In addition, to establish some of the pathologies for which it crosses the beginning of the distribution of functions. Of equal way, to determine which is the transverse axis by

which there is guided the Theory of the Rational Choice, in relation to the public power. Therefore the investigation is of character exploratory, since it checks the literature and doctrine on which it turns on the beginning, and in a particular way, studies the application of the beginning concerning the Constitution of the Ecuador of 2008.

KEY WORDS: checks and balances, separation of power, rule of law, public power, rational choice.

INTRODUCCIÓN

Consagrar el principio de la división de poderes y los "Checks and Balances" como forma de organización del poder público estatal de manera constitucional, impide la centralización del poder, en otras palabras, frena la autocracia. Al respecto de la distribución del poder público Torres Ávila (2014) nace ante: "la necesidad de evitar que el poder público se concentre de manera tal que pueda someter y subordinar al pueblo a sus dictámenes."[221] En tal virtud, el acontecimiento histórico que atañe al surgimiento del principio es la consolidación de las monarquías absolutas, las cuales se caracterizaban por monopolizar el poder, concedido por voluntad divina, en el monarca. Mencionada figura, detentadora de poder atropellaba los Derechos individuales y no mostraba sujeción alguna a límites en el ejercicio de su poder.

Dado ese acontecimiento, la edad moderna en su época de la Ilustración propone cambiar y romper el estatus quo a base de planteamientos académicos y doctrinarios, con la consecución de fines positivos. Por esa razón, surge la figura del Barón de Montesquieu quien en su gran obra "El Espíritu de las Leyes (1748)" hace énfasis en que el poder debe ser controlado por el poder, finalmente esa premisa se ve reflejada en el planteamiento de un modelo tripartito para la distribución del poder. El cual se funda en el equilibrio que deben tener los poderes y a su vez controlados en la concepción de los "Checks and Balances". A merced de ello, el principio gana importancia y se convierte en pieza clave de las Constituciones y por ende de los Estados modernos, con el fin último de proteger los Derechos de las personas.

221 Torres Ávila, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia Juri* (10)1. 87-101.

Además, es menester analizar el poder público desde la óptica de la Teoría de la Elección Racional, y con ello, ofrecer el motivo de algunas patologías que presenta el principio y la realidad política, jurídica y social de un Estado.

Por ello, motivados en determinar cuál es la importancia inherente de este principio con la vida de un Estado se ha planteado la siguiente problemática: ¿Cómo se aplica el principio de separación de poderes y los "Checks and Balances" en el constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo? Para el efecto, el objetivo que persigue la presente investigación es analizar la aplicación de este principio en torno a la Constitución ecuatoriana del 2008, previa revisión de literatura sobre el tema.

Del objetivo general se desprenden algunos específicos: primero, revisar las propuestas doctrinarias que han sustentado al principio; segundo, identificar la relevancia que presentan los "Checks and Balances" en un Estado de Derecho; y tercero, revisar los planteamientos de la Teoría de la Elección Racional en relación con el poder público.

Sin embargo, abordar el principio de los "Checks and Balances" o "pesos y contrapesos" únicamente a base de la Constitución ecuatoriana puede sembrar dudas y algunos vacíos. Es por ello que el presente artículo se organiza en el siguiente orden de prelación: capítulo II titulado "Origen y doctrina de Locke y Montesquieu" donde se aborda el contexto histórico que origina el principio y los planteamientos que fundaron al mismo, además, un breve análisis de cómo se ha manejado el principio en algunas Constituciones que ha tenido el Ecuador. El capítulo III denominado "Constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo" versa sobre la importancia que guarda el principio con el Estado de Derecho, con el régimen presidencialista y de manera primordial, analiza la aplicación del principio en la Constitución del 2008. Luego, el capítulo IV titulado "Poder Público y Teoría de la Elección Racional", el mismo que establece la relación que existe entre las decisiones del sujeto político y su determinación en el poder público, previa revisión de sus planteamientos. Además, en el mismo capítulo se aborda algunas de las patologías por las que atraviesa el principio en tratamiento. Finalmente, se resume a modo de conclusión los objetivos que plantea la investigación.

1. ORIGEN Y DOCTRINA DE LOCKE Y MONTESQUIEU

Para comprender la relevancia y el vínculo que guarda el principio de la separación de poderes y los “Checks and Balances” en el plano constitucional, se ha creído pertinente ofrecer en primer lugar un contexto histórico, el cual nos permitirá observar el impacto de la ilustración(-doctrina de Locke y Montesquieu), el quebrantamiento del estatus quo de la edad moderna, el resultado histórico de la caída del absolutismo, una breve historia constitucional ecuatoriana y de manera primordial: el vínculo sustancial que existe entre el principio de la separación de poderes, los “Checks and Balances” y el Estado de Derecho.

a. Motivación Histórica del Principio

El siglo XVIII – también conocido como Siglo de las Luces – se caracterizó por la Ilustración, Immanuel Kant: “movimiento intelectual en el cual los grandes pensadores sembraron las bases del pensamiento moderno en distintas esferas tanto política como cultural.”. Al poner en relieve y centro de ello la razón, para contrarrestar la ignorancia, las creencias y el despotismo predominante en la época. La misma que tuvo grandes precursores y mentores de entre los cuales se puede destacar a: John Locke, Charles Louis de Secondat o Baron de Montesquieu, Jean-Jackes Rousseau, David Hume, François-Marie Arouet también conocido como Voltaire, entre otros.

En Europa Occidental durante los siglos XVI y XVII y XVIII el poder estaba detentado por una sola persona conocido como “monarca”. Dicha forma de administrar el poder se la conoce como: “absolutismo”. Las monarquías absolutas como forma de administrar del poder se determinaban por justificar su poder en el mandato divino (encarnado en el monarca); oprimir a sus gobernados con impuestos excesivos y leyes injustas; además, no poseer límites a su ejercicio del poder, no presentar ni rendir cuentas e ir en atropello y menoscabo de los Derechos fundamentales y libertades de los individuos.

De esa manera, surgen grandes pensadores que cuestionan el estatus quo de la época y, además, plantean ideas para romper el nudo gordiano al cual estaban sometidos. Es en donde, los pensadores de la Ilustración critican el origen del poder, el mismo que debe emanar de la voluntad popular más no divina. En lo concerniente al sistema político y de gobierno, aparece la figura de John Locke, quién asienta las

bases, aúnque de manera naciente, de lo que es el principio de separación de poderes en su manuscrito conocido como Segundo Tratado de Gobierno Civil (1690). Luego el mismo principio reforzado y consumado por Montesquieu en su libro "El Espíritu de la Leyes (1748)", en el que plantea el sistema tripartito de división de funciones, a saber: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuya finalidad radica en no concentrar el poder en una sola persona (evitar un actuar tiránico) sino distribuirlo o separarlo en funciones y a su vez, limitar el ejercicio del poder mediante el mecanismo de los "pesos y contrapesos", con la consecución de respetar los Derechos de los individuos. Doctrina tradicional que se le asigna de modo primordial a Montesquieu.

Bajo esa óptica y con una clase burguesa – que para ese instante ya poseía gran importancia en comparación a los otros estamentos de la sociedad: nobleza y clero – ansiosa de fijar un nuevo rumbo a la realidad social y política de la época y acabar con el Antiguo Régimen, llevan a cabo un período de revoluciones conocidas también como "Revoluciones Burguesas" o "Revoluciones Liberales", al ser la más relevante la Revolución Francesa de 1789.

Influenciados principalmente por la ideología de Locke y Montesquieu en los siglos XVII y XVIII, se llevan a cabo en primer lugar: la revolución Estadounidense de 1776, donde las trece colonias se libran del dominio británico. En la que tras promulgar su Constitución Federal, consagra el principio de división de poderes y el sistema de los "Checks and Balances". Luego, el mayor ejemplo de las revoluciones burguesas, sin duda, es la Revolución Francesa[222]. Donde se consolida, de igual manera, otra forma de gobierno el cual estriba en la separación de poderes, el equilibrio de los mismos y el respeto a los Derechos individuales.

En suma, lo que a través de las Revoluciones Liberales o Burguesas se buscó –y en efecto se consolidó – es la tradicional separación de poderes y de la mano de los "pesos y contrapesos" limitar el ejercicio del poder. Fundamentados en los planteamientos doctrinarios de John Locke y Montesquieu, los cuales tenían la consecución de acabar con el feudalismo y el régimen absolutista como forma de gobierno de la época.

222 Araya Ólmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro,* 10, 45-51.

b. Principios básicos de Locke y Montesquieu

Locke y Montesquieu fueron los principales exponentes y creadores de esta teoría. Aúnque corresponde a Montesquieu la autoría del principio de la división de poderes y los "frenos y contrapesos", no obstante, es John Locke quien advierte sobre lo que conlleva la centralización de poder. Para ello se expondrán algunos de sus planteamientos recogidos de sus obras insignes a sus teorías.

John Locke, en "Dos ensayos sobre gobierno civil (1690)" describe acerca de sus planteamientos que en ciencia política han sido transcendentes. La epistemología política de Locke se desarrolló en torno algunos ejes. Uno de ellos es sobre las manifestaciones acerca de la separación de poderes. A decir de Torres Ávila (2014): "no se puede considerar el creador del principio de división de poderes, sino un gran difusor del mismo"[223]. En efecto, Locke identifica que el poder debe ser limitado: "el poder puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana"[224]. Al respecto de Locke, Ayala Olmos (2009): "sostuvo que el poder del gobierno debía ser limitado, pese a que nacía de un contrato social –posición que comparte con Hobbes– (...)"[225] esto es, sin duda, lo que sustancialmente constituye la división de poderes: impedir el abuso del poder.

En él además subyace la idea de restricciones morales al ejercicio del poder, fundadas en la responsabilidad de quien lo detenta. Locke como fue mencionado, confiaba en la bondad humana a sabiendas que esta puede ser debilitada por distintos factores que lo corrompieran y descarriaran del objetivo común.

Otro de los ejes que se podría mencionar en palabras de Torres Ávila (2014) es: "tal poder, señala Locke solo puede surgir del consentimiento de cada uno de los individuos que busca la protección de sí mismo y de su propiedad.". Este planteamiento lo podemos analizar desde dos aristas: la primera, en lo que se refiere es a la voluntad general (obligarse políticamente a la mayoría) para legitimar el acceso al poder y así mismo la alternabilidad de los mismos, en contraposición

---

223 Torres Ávila, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia Juri* (10)1. 87-101.

224 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial.

225 Araya Olmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro,* 10, 45-51.

a que el poder emane de la voluntad divina, además, de dejar en claro que lo celestial pasaría a un ámbito meramente particular distante de la concepción misma del Estado; lo segundo, se puede inferir en el respeto que debe poseer el Estado para con sus gobernados, es decir, respetar los Derechos de las personas.

Ahora bien, el modelo de Locke se opuso –como hemos planteado - al régimen monárquico absolutista, pero a decir de algunos autores, Locke tolera la monarquía, pero no de forma absoluta sino con la necesidad de mantener el orden y la paz. No obstante, a través de un pacto social y sumado a ello, que la plataforma del poder descansa en el pueblo y que este a su vez regresa. Determina que de forma esencial y principal de una República se debe establecer la existencia de dos fuerzas detentadoras de poder estas son: el legislativo y el ejecutivo. Empero, él establece que: "sólo puede haber un poder supremo que es el legislativo y al cual todos los demás deben estar subordinados"[226]. Además, Locke recalca que el pueblo puede derrocar al mismo.

Este primer poder: el legislativo, se basa en el pueblo, pero a su vez este debe delegar a representantes (personas reunidas en una asamblea), puesto que el pueblo en su conjunto, como tal, no puede hacerlo. Locke: "El poder Legislativo es aquel que tiene el Derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad".[227] Además, dicha delegación es temporal bajo el concepto de la alternabilidad como uno de los ejes, y además, cimientos de la democracia representativa.[228] En suma, le corresponde crear leyes. Función que no necesariamente deben ser de forma activa. Dichas leyes que deben ser de carácter imperativo para todos, sin excepción alguna (otro precepto básico del Estado de Derecho) incluso de quienes conformen el legislativo una vez que hayan cumplido la tarea en ellos por el pueblo encomendada.[229]

---

226 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial. 154.

227 Ibíd. 151.

228 Ya que consideraba que: "debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder) (...) el poder legislativo sea puesto en manos de diversas personas" (Ibíd. 151).

229 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. Boletín de la Facultad de Derecho, 12. 119-139.

Una vez que existe un poder que promulgue leyes, surge la necesidad de crear otro poder, que se encargará de ejecutar las leyes: el Ejecutivo. El poder Ejecutivo que por la esencia del principio debe estar separado del Legislativo, y según Locke el Legislativo es más supremo que el Ejecutivo debido a la representatividad que posee. Tiene como función primordial y de manera activa, llevar a cabo la realización de las leyes, además, posee la prerrogativa de disolver y llamar a convenciones, no por ello ganar superioridad. Y en sentido lógico, que quien lo detenta no guarda relación, menos aún pertenece al legislativo. Se ve obligado a ofrecerle cuentas y de alguna manera supeditarse al Legislativo.

Bajo este modelo de distribución de poder se determina que los dos poderes son distintos y que sobre ellos descansan algunas finalidades y ámbitos de acción, es por ello, que cabría también decir la denominación "función" en referencia a "poder".

Al lado de los ya referidos poderes Legislativo y Ejecutivo surge otro, llamado Federal, al que lo cataloga en el marco de lo natural. La función que presenta el Federal es de mantener, regular y llevar a cabo las relaciones de manera externa, dicho esto en otras palabras, relaciones con otros Estados. Esta tercera manifestación que dicho sea de paso, no puede ser considerado como un poder, ya que está supeditado al Ejecutivo para mantener las riendas de la República, "entregar los poderes ejecutivo y federativo a personas diferentes (...) causaría tarde o temprano el desorden y la ruina".[230] Además, Locke adopta una postura un tanto altruista ya que, confía en la cordura y sapiencia con la que deben actuar los encargados, a sabiendas que, sobre ellos recae la decisión de la paz o la guerra, y a manera de diplomacia, la representación del Estado al que pertenecen en otros Estados.[231]

En función de lo presentado, corresponde al: legislativo, producir leyes y ser órgano con competencias judiciales; Ejecutivo, ejecutar los mandatos que promulga –leyes- el Legislativo; y un tercero que menciona –que no constituye parte del poder público - el Federal, que tiene la prerrogativa de ejercer las relaciones con otros Estados. Además, sus postulados denotan que entre los poderes deben controlarse y mantener un grado de armonía.

---

230 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial. 153.

231 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. Boletín de la Facultad de Derecho, 12. 119-139.

A modo de síntesis sobre la epistemología política de Locke, en palabras de Torres Ávila (2014), primero: "En Locke persiste la idea de la forma mixta del gobierno, de modo que se asegure a los diversos sectores sociales su intervención en el gobierno, especialmente en la elaboración de la ley". Y luego: "Locke acepta cierto equilibrio entre los diversos poderes, con la supremacía del Parlamento, pero con un ejecutivo coordinado en cierto modo al legislativo por su intervención en el proceso mismo de legislar.".

Una vez expuestos los postulados de Locke, corresponde exponer a Montesquieu a quién se debe la creación de los "Controles y Contrapesos" o "Checks and Balances", para el equilibrio entre poderes

Montesquieu en su obra cumbre "El Espíritu de la Leyes (1748), menciona una distribución de funciones estatales, sin embargo, no plantea una división cortante de la misma, sino que estas se encuentran basadas en el equilibrio y control entre las funciones a fin de contrarrestar el absolutismo. Recordado que el control se ejerce entre función Ejecutiva y Legislativa, puesto que, el Judicial debe estar dotado de plena independencia para desempeñar su función jurisdiccional.

La teoría tripartita tradicional planteada por Montesquieu (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que se conserva hasta la actualidad, la misma que es parte de la ingeniería constitucional de un Estado de Derecho, indistintamente que este sea Social o Liberal. Concomitante a ello surge la idea del control, <<para que no se pueda abusar del poder es preciso que, el poder frene al poder>>[232] es por ello que según Ayala Olmos (2009): "Montesquieu (...) aquilató la teoría de los frenos y contrapesos, autocontrol simultáneo entre los poderes políticos"[233] Como fundamento para la separación de poderes y los "pesos y contrapesos" está la libertad política.[234] El concepto de libertad que acuña Montesquieu hace alusión a que el individuo pueda vivir seguro frente a los ataques ya sea de otros Estados o de los monarcas.[235]

232 Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L

233 Araya Ólmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro*, 10, 45-51.

234 Fuentes, C. (2011). Montesquieu: Teoría de la Distribución de Social del Poder. *Rev. de Ciencia Política*, 31 (1). 47-61.

235 Garcia Macho, R. (1986). Problemática de la División de poderes en la actualidad. *Revista de Estudio Políticos* (Nueva Época), 53. 175 – 190.

Como hemos señalado, la teoría de Montesquieu no exige una tridivisión en sentido estricto de poderes, sino, Torres Ávila (2014): "Por el contrario tal separación no es clara en su obra. Su esfuerzo se localiza en un esquema de control coordinación".

El modelo tripartito una concepción antiquísima, constituye para Páez Murcia (2006): "en el control autárquico que se ejerce entre las ramas del poder, es decir, que cada una de las ramas vigila el cumplimiento de las funciones y los deberes de las otras dos"[236], la misma que en caso de arbitrariedades de alguno de los poderes las otras se ven en la obligación de adoptar mecanismos que restituyan el equilibrio de las tres ramas del poder.

De aquí surgen los "Checks and Balances", que no son sino de manera general: un mecanismo mediante el cual una función estatal (Legislativo o Judicial) posee la prerrogativa – que está consagrada de manera constitucional – para ejercer un control a las acciones de la otra función y así evitar que una función se posesione sobre las demás o a su vez tenga un actuar arbitrario, tiránico.

En primer término, los controles: denotan la capacidad o facultad de un poder o función estatal para fiscalizar, vigilar o inspeccionar lo que llevan a cabo los otros poderes. Y los equilibrios aluden así mismo a las prerrogativas que posee uno de los poderes para limitar la acción del poder del otro. Y mantener un equilibrio o armonía entre los poderes o funciones.

Montesquieu plantea en un inicio la existencia de dos poderes el Legislativo y el Ejecutivo, ya que según algunos autores, al Judicial lo presenta como una dependencia del Ejecutivo, pero esto se desvanece cuando explícitamente establece las funciones de cada uno, "Como el poder ejecutivo no forma parte del legislativo más por su facultad de impedir"[237]. Al respecto, Ayala Ólmos (2009): "todo se irá por la borda, si en un mismo sujeto, o el mismo órgano administrativo, jurisdiccional o legislativo, ejerciese estos tres poderes, el de hacer la ley, ejecutar las resoluciones jurisdiccionales y el de juzgar crímenes o controversias (...)", ya que como se aludió, en un inicio tanto Locke y

236 Páez Murcia, Á., M. (2006). Aplicabilidad de la Teoría de la de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 15. 247-269.

237 Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes. Buenos Aires*: Heliasta S.R.L. 195.

de manera paradójica Montesquieu establecían que la función judicial estaba supeditada ya sea al ejecutivo o al legislativo. Lo cual queda obviado porque luego ya se aprecia la distribución tripartita del poder.

Es así que Montesquieu entiende por la función Ejecutiva, aquella que ejecuta las leyes, además de poseer la decisión respecto a la guerra o la paz, así como también velar por la seguridad externa. Como parte de los "pesos y contrapesos" posee el veto respecto a la ley que derive de la legislatura[238]. Asimismo, la función Legislativa es aquella que elabora, promulga, enmienda o deroga las leyes del Estado, así mismo, cabe resaltar que como parte de los controles de este poder sobre el Ejecutivo está el de destituir y juzgar a los ministros, además de velar el cumplimiento de las leyes. Finalmente, el Judicial aquel que se encarga de sancionar los delitos o juzgar los conflictos.[239]

Así es como Montesquieu establece que no existe libertad si el legislativo está unido al ejecutivo o en su defecto, tampoco existiría libertad si el judicial estuviese aúnado al legislativo y ejecutivo. Además establece que el legislativo, bajo la premisa de "Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo"[240] debe tener representación directa del pueblo, de manera democrática. Al mismo poder que lo considero como el más importante de su teoría. Respecto al ejecutivo lo encarga al monarca debido a que dicha función requiere acciones de manera constante y ágiles, por lo tanto, debe ser de carácter mono-cefálico.

Así es como podemos traer a colación respecto a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su Art. 16, donde expresamente se puede deducir que aquel conglomerado social que adolece de la garantía de Derechos y que no consagre la separación de poderes no posee una norma fundamental. Se forma de esta manera, un precedente histórico para el constitucionalismo y la dignidad humana. En primer lugar, respecto a la relación existencial que exige el Estado de Derecho a la división de poderes o funciones, ya que ello es base primordial para restringir el ejercicio arbitrario del poder; y luego; ya que así, es un mecanismo viable para la garantía de los Derechos del individuo.

---

238 Montesquieu dice "El poder ejecutivo (...) toma parte de la labor legislativa por su facultad de restricción o veto ". 195.

239 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. Boletín de la Facultad de Derecho, 12. 119-139.

240 Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes. Buenos Aires*: Heliasta S.R.L. 190.

De esta manera Locke y Montesquieu dejaron la impronta en las "Revoluciones Liberales" y en la evolución histórica del constitucionalismo. Así se apuntala el precedente para evitar un monopolio o centralización de poder, con la garantía de la libertad y otros Derechos.

c. Breve análisis del principio en la vida constitucional del Ecuador

Una vez que se ha expuesto el contexto histórico que dio origen al principio de la separación de poderes y los "checks and balances" y la doctrina tradicional que sostiene al mismo, lo que nos ocupa ahora es determinar – a manera de introducción – la perspectiva histórica de lo que es la vida constitucional del Ecuador, para ello, no se lo realizará de manera holística, sino que se escogerán algunas Constituciones para resaltar dicho principio y determinar algunas manifestaciones, aúnque incipientes, de los "pesos y contrapesos".

El Ecuador desde 1830, fecha en la que se declara la Independencia redacta su Constitución plenamente autónoma, y que hasta la fecha posee 20 Constituciones políticas, expedidas por distintas asambleas constituyentes. Como es de conocimiento, la Constitución es aquella que da origen y organiza política y jurídicamente a un Estado.

La primera Constitución política del Ecuador data de 1830, realizada en la ciudad de Riobamba en aras de dar origen a la República del Ecuador. La misma que consagra la división de poderes de manera tradicional: en su título III, se refiere al Poder Legislativo; en su título IV, se refiere al Poder Ejecutivo; y finalmente, en su título V se refiere al Poder Judicial. Como parte del control entre poderes, se puede mencionar que dicha Constitución otorga al poder Legislativo la facultad de: "Decretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno, y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas" (en su Art. 26, numeral 1). Así mismo, otorga al poder Ejecutivo la facultad de: "Sancionar las leyes y decretos del Congreso" (en su Art. 35, numeral 3)[241]. Podemos colegir que los pesos y contrapesos dentro de esta Constitución no son lo suficientemente bastos como para controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

241 Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf.

La quinta Constitución política del Ecuador data de 1851[242], la cual, en el marco de su parte orgánica consagra de igual manera la división de poderes, a saber: en sus capítulos VII, XI, XV sobre el legislativo, ejecutivo y judicial respectivamente. Ahora, como parte de los pesos y contrapesos que se ejercen entre funciones, podemos resaltar: respecto al ejecutivo, el legislativo tiene la potestad de aprobar o desaprobar de las cuentas que este le presente en relación con los bienes nacionales, o los gastos del tesoro público. Así como también, prestar o no la aprobación a los tratados que celebre el ejecutivo con otros Gobiernos; conocer las acusaciones contra el Presidente de la República; decretar la guerra o requerirle que negocie la paz a base de los argumentos que presentare el ejecutivo. Igualmente, el ejecutivo respecto al legislativo, puede sancionar con dictamen del Consejo de Estado las leyes u otros actos provenientes de la Asamblea Nacional, además de convocar a la misma a sesiones ordinarias; igualmente, con aprobación de la Asamblea nombrar generales y coroneles. Así también, informar sobre el Estado político de la Nación.

La décima Constitución política del Ecuador data de 1884, donde se conserva la distribución del poder en tres ramas: en su título VI trata del poder Legislativo –reconocido en este caso como Congreso – el cual está compuesto por dos cámaras, una de senadores y otra de diputados. En su título VII trata del poder Ejecutivo; y finalmente, en su título VIII versa sobre el poder Judicial. Ahora, el equilibrio y control entre poderes se manifiesta en: los diputados pueden acusar al Presidente de la República y poner al conocimiento de los senadores. En conjunto las dos Cámaras podrán admitir o no la propuesta del ejecutivo respecto a nombramiento de generales o coroneles; los senadores o diputados no podrán ser parte del ejecutivo; además, decretar los gastos públicos de manera anual, a base de los presupuestos que le presente el Ejecutivo; también, autorizar al ejecutivo para contratar empréstitos sobre el crédito público. Asimismo, el ejecutivo puede sancionar las leyes y decretos del Congreso, así como, convocar al Congreso cada año y extraordinariamente cuando lo requiera.[243]

242 Recuperado de : http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1851.pdf.

243 Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf.

La décima tercera Constitución ecuatoriana data de 1929[244], en la que, tradicionalmente en su parte orgánica afirma como principio rector de su ingeniería constitucional, la división de poderes y los "Checks and Balances". Contempla un poder Legislativo (título V) de corte bicameral (senadores y diputados). Tambíen, al poder Ejecutivo (título VI), y finalmente – bajo la concepción tripartita – el poder Judicial (título IX). Los controles y contrapesos que establece la Constitución de 1929 son: el Congreso a través de los diputados examinará las acusaciones contra el Presidente de la República, así como ponerla a conocimiento del Senado; conocer las cuestiones que involucren el crédito nacional; decretar la guerra o pedir negociar la paz respecto a los informes del ejecutivo; conceder, retirar e inspeccionar las facultades extraordinarias al ejecutivo. De su lado, el ejecutivo puede sancionar las leyes emitidas por el Congreso; sujetarse al dictamen del Congreso respecto al Estado de guerra. En esta Constitución además podemos notar que la función Judicial no ejerce plena independencias, porque en unas de sus atribuciones el ejecutivo puede solicitar las medidas necesarias para la administración de justicia, así como velar por el trabajo de los jueces.

La décimo séptima norma fundamental ecuatoriana data de 1946[245], la cual conserva la distribución de poderes, no obstante, les da la denominación de funciones: título V, VI y VII, función Legislativa (compuesta por senadores y diputados), Ejecutiva y Judicial respectivamente. Como parte de los pesos y contrapesos se ejerce lo siguiente: de parte del legislativo, autorizar al ejecutivo para contratar empréstitos y cauciones sobre el crédito público; declarar la imposibilidad para el ejercicio del cargo al Presidente de la República, así como, negar o conceder las facultades extraordinarias al mismo; recibir cuentas de los asuntos del ejecutivo o dictar el presupuesto nacional conforme a la Constitución. Por parte del ejecutivo, en cambio, tiene la potestad de sancionar y promulgar las leyes y decretos del Congreso; convocar al Congreso a sesiones ordinarias o extraordinarias cuando lo crea conveniente.

En suma, se puede determinar que el Ecuador desde su fundación como República el principio, entre otros, que la determina como tal, es la división de poderes. Y parte del equilibrio que debe existir entre

---

244 Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf.

245 Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1946.pdf.

ellas está determinado por los "Checks and Balances" para reducir la fricción, se establece así un común denominador en las Constituciones analizadas, en referencia a que: por parte del ejecutivo se debe sancionar los proyectos de ley. Por su parte, el legislativo aprueba los presupuestos del fisco, entre otros.

2. CONSTIUCIONALISMO ECUATORIANO CONTEMPORÁNEO

Parte de la arquitectura constitucional se fundamenta en la separación de poderes y lo que es inherente a ello los "controles y contrapesos", el mismo que se escritura en las Constituciones de un Estado, de manera específica, en la parte orgánica.

Bajo esta perspectiva es que el principio de separación de poderes y la figura de los "Checks and Balances" son complementarios, puesto que dependen sustancialmente el uno del otro. Es por ello que merece realizar una analogía con un rompecabezas, en tanto un principio como los otros necesitan complementarse y formar la parte orgánica constitucional, con una misma meta: limitar, controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

Cabe hacer un paréntesis para explicar algunas de las características que configuran el Estado de Derecho y con ello entender el consustancial que guarda con el principio de la separación de poderes en su concepción de "Checks and Balances". Como primer punto podemos establecer la división de funciones, que vendría a ser la primera garantía a los Derechos humanos; como segundo punto está el reconocimiento y garantía de los Derechos fundamentales, ubicándolos como un principio superior del Estado, además, establece una serie de garantías constitucionales (jurisdiccionales, normativas, políticas públicas e institucionales); como tercer punto, la existencia de un ordenamiento jurídico claro, en el cual, la norma fundamental es la base y la fundamentación del mismo por su jerarquía normativa y la propia Constitución es norma jurídica; como cuarto punto, está el establecimiento de un sistema de "controles y contrapesos" que actúen a nivel legal, político, constitucional y económico. Chaux Donado (2013): "con la consagración de Derechos fundamentales, la estructuración de un esquema de separación de poderes y *checks and balances*, el respeto

por los Derechos adquiridos y el debido proceso, permite la realización del denominado Estado de Derecho."[246]

El Estado y en específico el Estado de Derecho es por excelencia el que se sirve de este principio para fijar de manera constitucional el rumbo del gobierno en todas sus esferas, ya sean estas, políticas, jurídicas y sociales. Chaux Donado (2013): "La creación del Estado de Derecho se da para lograr los fines establecidos en la norma fundamental y para realizar esta tarea de manera adecuada; el poder público, siguiendo una formulación clásica, es divido en tres funciones o ramas (...)" Porque establecerá las relaciones entre las distintas ramas del poder público y su límite. Cuyo fin último está destinado a la garantía de los Derechos fundamentales del individuo. Es preciso mencionar que este principio es connatural a un régimen democrático y republicano.

Una vez instaurada la división de poderes, surgen otros preceptos sobre los cuales debe descansar este principio y es la idea de una completa independencia en el sentido externo de las ramas del poder público. Para lo cual cabe preguntarse: ¿resulta acertado ofrecer una independencia total de los poderes? En respuesta a esta interrogante citamos a Malem Seña y Seleme (2013): "Si se exagera la necesidad de independizar a un poder de otro para maximizar la protección frente a la tiranía se corre el riesgo de producir la completa inoperancia del Estado."[247] Una de las directrices del principio en cuestión son los Derechos del individuo, para ello el distribuir el poder es un avance, pero ofrecer una independencia purista de los mismos conlleva a que la actividad estatal se vuelva poco factible y poco realizable. Ello también puede acarrear otros problema, Malem Seña y Seleme (2013): "Si, además, se exagera la necesidad que las diferentes ramas del poder estatal actúen de modo mancomunado para que sea posible la acción estatal eficaz, se corre el riesgo de contar con un Estado operativo pero despótico."

Entretanto, lo que plantean los "Checks and Balances" es en primer lugar el control y luego, el equilibrio funcional sin una división tajante, para asegurar los Derechos. De modo análogo, en el constitucionalismo occidental se entiende la idea de este principio a base de dos aristas: "la primera, la introducción de una separación de las autorida-

246 Chaux Donado, F. J, (2013). Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho. *Vniversitas*, 126, 89-121.

247 Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). Patologías de la División de Poderes. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*. 36, 275-295.

des superiores del Estado y de su competencia; después, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultados de estos poderes diferenciados."[248]

El Estado de Derecho pueden adoptar dos formas: Liberal o Social. Cuya diferencia radica en el grado de intervencionismo. El Estado Liberal posee poca intervención y el Social es un Estado intervencionista en las relaciones de distinta índole. Nuevamente bajo la lógica de la separación de poderes y de los "controles y contrapesos", se evita el actuar arbitrario en la esfera pública. Empero, al tener un Estado que no regule otro tipo de relaciones a nivel privado como lo plantea Malem Seña y Seleme (2013), por ejemplo, laboral o de comercio – con un actor fuerte: el poder económico – se pasaría a una tiranía privada, puesto que crearía situaciones de desventaja y de vulnerabilidad entre privados. Es por ello que para solucionar algunas de estas patologías en la mecánica institucional del poder público, a base de la división de poderes y los "pesos y contrapesos" se debe, en palabras de Malem Seña y Seleme (2013): "encontrar un diseño institucional que permita que el poder ejercitado por los agentes privados se encuentre controlado por el poder político público".[249] Además, en palabras del mismo autor: "es necesario que el poder que ejercita una rama del Estado se encuentre bajo el control de otras". Por ende, lo que busca es distribuir el poder público, pero busca evitar que se vuelva ineficaz en su actuar frente al poder de los entes en la esfera privada., es un tópico particular que se ocupa el Estado Social.

En consecuencia, se puede distinguir en dos polos la forma política de un Estado, las cuales son: presidencialismo y parlamentarismo. El presidencialismo se funda de igual manera en las bases de la separación de poderes, en el que, el ejecutivo es de carácter monista o mono-cefálico, es decir, la asume el Presidente de la República. Se caracteriza además porque el presidente es el jefe de Estado y jefe de Gobierno, la misma dignidad que es entregada de forma democrática por la soberanía popular. El ejecutivo asume funciones de administración. El presidencialismo puede presentar una gran anomalía o gran antítesis, nos referimos al hiperpresidencialismo. Esta forma tiende a concentrar el poder por

248 Schmitt, C. (1982). Teoría de la Constitución, Ed. Alianza, 249. Citado en: Chaux Donado, F. J, (2013). Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho. *Vniversitas*, 126, 89-121.

249 Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). Patologías de la División de Poderes. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*. 36, 275-295.

sobre las otras funciones, de manera autoritaria. Cabe mencionar que dicha antítesis al presidencialismo se caracteriza por conceder facultades o prerrogativas de forma constitucional al ejecutivo. Recordemos que el Ecuador es un país que adopta el modelo presidencialista, por ende, posee la división de funciones y los controles.

En consonancia con el problema y objetivos en este trabajo planteados, corresponde realizar la exégesis del principio que se ha tratado lo largo del ensayo con respecto a la Constitución de la República del Ecuador del 2008 la cual está vigente. Dicha Constitución es bastante peculiar, puesto que es una de las más garantistas de Derechos humanos (parte del neo constitucionalismo); también, reconoce Derechos a la naturaleza, y de manera especial en su parte orgánica establece dos funciones estatales más que la concepción tripartita tradicional Sin duda la enmarca en el constitucionalismo contemporáneo.

La Constitución ecuatoriana del 2008[250] en su título IV, al mismo que lo denomina "Participación y organización del poder", en su contenido establece los órganos o ramas y la manera institucional de cómo está estructurado el poder público. Anteriormente se mencionó que la distribución de funciones en esta Constitución se ejerce a través de cinco órganos, la cual prescinde del modelo tradicional, estos son:

Capítulo segundo: Función Legislativa (unicameral)

Capítulo tercero: Función Ejecutiva

Capítulo cuarto: Función Judicial y justicia indígena

Capítulo quinto: Función de Transparencia y Control Social

Capítulo sexto: Función Electoral

La teoría de los "Checks and Balances" se presentan de manera abstracta y general, pero de forma muy diáfana. Algunos autores han establecido categorías o clases en las cuales se pueden enmarcar las manifestaciones de los pesos y contrapesos. Estas pueden ser control político, administrativo, normativo, de fiscalización, económico, judicial y disciplinario.

---

250 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

En lo que sigue, se presentarán las que corresponden a cada función. Función Legislativa (legislar y fiscalizar), dentro de sus atribuciones encontramos:

Fiscalización: "Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social" (numeral 9. Art. 120)

Económico: "Aprobar el Presupuesto General del Estado" (numeral 12. Art. 120)

Político: "La Asamblea Nacional podrá ejercer el enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República" (Art. 129) Lo podrá ejercer también hacia los representantes de la función de Transparencia y Control Social (Art. 205)

Cabe hacer un paréntesis, para mencionar que el juicio político corresponde a un procedimiento con fines axiológicos y a una posible destitución de autoridad, que difiere de lo judicial, ya que no implica una sentencia. Pero, se pueden configurar elementos que determinen algún tipo de responsabilidad penal, lo cual constituye un procedimiento aparte, en una instancia judicial y con fuero que posea la autoridad.

Judicial: "Autorizar (...) el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República" (numeral 10. Art. 120)

Administrativo: "Conocer los informes anuales que debe presentar la Presidenta o Presidente de la República y pronunciarse al respecto" (numeral 4. Art. 120)

Disciplinario: "Declarar la incapacidad física o mental inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República" (numeral 2. Art. 120)

Normativo: "La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República" en lo que respecta a: "1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente (...) 2. Por grave crisis política y conmoción interna"

El equilibrio y control también se puede manifestar internamente, en el caso de la Asamblea el ejemplo más claro es que para ciertos controles, para presentar proyectos de ley o enmiendas constitucionales

se requiere un porcentaje mínimo de apoyo de los asambleístas. Además, los pesos y contrapesos que ejerce el órgano legislativo son en número mayor a las otras funciones y en su mayoría, por no decir casi todos, están dirigidos al ejecutivo. Aquello se puede justificar por dos razones: la primera, porque por excelencia el legislativo posee la capacidad de fiscalizar el poder público; y la segunda, porque el Ecuador es un régimen presidencialista y por ende requiere mayores controles para mantener el equilibrio.

En la Función Ejecutiva por su parte es la encargada de la administración pública, además de sus deberes, como parte de los controles que puede ejercer encontramos:

Normativa: "Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial" (numeral 12. Art.147). Una vez aprobado el proyecto de ley en la Asamblea, el presidente actúa como colegislador, y posee la prerrogativa de vetar un proyecto de ley. Este tratamiento en nuestra legislación presenta dos aristas: primero la objeción parcial; y luego, la objeción total. Este control es característico de los sistemas presidencialistas.

Administrativo: "Convocar a la Asamblea Nacional a períodos extraordinarios de sesiones, con determinación de los asuntos específicos que se conocerán" (numeral 12. Art.147)

En su Art. 148 establece una figura jurídica y política conocida con una denominación informal de "muerte cruzada". Ahí expresa lo siguiente: "La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente". Ahí surge el dilema en cuanto a sí esta figura – abordada con profundidad en su procedimiento – constituye un sesgo hacia el hiperpresidencialismo.

La función ejecutiva ostenta en esta Constitución también la figura de máxima autoridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional a más de las que por régimen presidencialista le corresponde.

Como fue mencionado, la función judicial escapa de los controles porque se afectaría a la administración de justicia, en el numeral 1 del Art. 168: "Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa.". Sin perjuicio que afecte a la operatividad estatal.

Respecto a la Función de Transparencia y Control Social posee prerrogativas como el control de las entidades y organismos del sector público (Art.204). Esta función está representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que posee como eje transversal la participación ciudadana. El dilema surge cuando los representantes de dicha entidad no son elegidos democráticamente, a sabiendas que sobre sus manos recae la designación de la primera autoridad de algunos órganos de control, tal es el caso de la Contraloría General del Estado, las Superintendencias, Defensoría del Pueblo, entre otras. Estos órganos mencionados son subespecies de la función de Transparencia y Control Social. Como parte de los "Checks and Balances" se puede citar lo siguiente:

Fiscalización: "Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social"

Respecto a la Contraloría General del Estado y otros órganos de control, algunos autores[251] se han preguntado sí estos órganos pueden ser una cuarta rama del poder. Para ello se debe considerar el contexto en el que plantearon su interrogante, ya que, la mayoría de Estados conserva la concepción tripartita tradicional de la división del poder y por ende dichos órganos son parte de otras dependencias. Ahora, en el caso ecuatoriano esta pregunta tiene una respuesta afirmativa, es decir, la Contraloría y otros órganos de control sí constituyen una rama del poder al encontrarse incluidos en la Función de Transparencia y Control Social.

La quinta función, la Electoral una vez revisadas las normas jurídicas que componen su naturaleza, se puede colegir que son pocos los controles que ejerce sobre las otras funciones, pero podemos mencionar:

Económica: "Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas" (numeral 10. Art. 219)

En síntesis, la aplicabilidad del principio de la separación de poderes en su concepción de los "Checks and Balances" en el marco constitu-

251 Tal es el caso de Ángela María Pérez Murcia (2006) en su paper titulado: Aplicabilidad de la Teoría de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. Publicado en Díkaion: *Revista de actualidad jurídica*. N. 15.

cionalismo ecuatoriano contemporáneo ha tornado un giro distinto al tradicional, puesto que, disloca el poder de distinta manera al aumentar dos funciones más. Funciones que están sujetas a muchas críticas, que no nos ocupa en este ensayo, pero que dicho sea de paso podemos mencionar, que tienen la inclinación a obedecer los intereses partidistas del oficialismo y con ello fomentar un hiperpresidencialismo, incluso al dejar de lado la columna vertebral de la democracia. La Constitución del Ecuador para garantizar el equilibrio y los "pesos y contrapesos" de sus ramas de poder público, a través de las atribuciones que le confiere a cada una, convertidas en normas jurídicas, establece controles como la fiscalización, rendición de cuentas, revisión de presupuestos, vetos a la ley, entre otros. En contraste al tratamiento que se le da al mismo principio en un Estado organizado federalmente, tal es el caso de Estados Unidos, se puede decir que, en este los controles y equilibrios son en un grado mayor y de los cuales el poder judicial no escapa.

3. PODER PÚBLICO Y LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL

El paradigma del principio de separación de poderes y de los "Checks and Balances" de forma pragmática se ve obstruido, es decir, su eficiencia no garantiza la esencia intrínseca del principio, ya que presenta algunas patologías. Patologías que van desde la injerencia entre poderes hasta los intereses individuales o partidistas de quienes componen estos órganos de poder público.

a. Exposición de la teoría

A sabiendas que, en el caso de la función legislativa y ejecutiva son de elección popular, es necesario correlacionarlo con la Teoría de la Elección Racional (TER).

La Teoría de la Elección Racional (en lo sucesivo, TER) nació de la Economía, de manera precisa en la rama microeconómica. En dicha rama tiene el objetivo de suponer que el individuo tiende a obtener mejores beneficios y aminorar riesgos, costos. Es así que, los planteamientos de esta teoría fueron llevados a otras ciencias, en las que el común denominador es que se involucran procesos para la toma de decisiones a escoger de entre varias opciones. Tal es el caso de las

Ciencias Sociales: Sociología y la Ciencia política, es esta última la que nos ocupa, y otras como la Psicología y Antropología.[252]

La TER en ciencia política sostiene, en palabras de Montecinos (2007) que: "los actores políticos tienen un comportamiento racional motivado y orientado a maximizar sus objetivos individuales." En esa misma línea de investigación, la TER se funda en los comportamientos políticos, en primer término, de los sujetos a ejercer el voto, luego de los políticos. Respecto a los votantes se los puede encuadrar en el marco de lo psicosocial, en el sentido que se pueden determinar algunos factores, los mismos que pueden ser comportamientos decisivos para tomar la decisión: el sesgo ideológico o afinidad por determinado partido político o por determinado personaje político, y, el nivel de influencia del proselitismo político, ejemplos de ello son los *spots* publicitarios. Como se puede colegir, el acto decisivo en el que se ve reflejado la TER en ciencia política es por excelencia el voto, el mismo que proviene de los regímenes democráticos, ya que el poder radica en el pueblo o lo que se conoce como voluntad o soberanía popular.

Ahora bien, la TER como lo dice William Riker no exige o establece cánones de cómo deben estar regidas las preferencias del individuo, sino, admite que los individuos conocen sus preferencias.[253] No obstante, la TER de forma general considera al sujeto directo de su epistemología como "individuo racional", y por ende un concepto muy lógico con ello es la racionalidad. Entonces surge la gran cuestión ¿las personas actuamos a base de la racionalidad? Para la presente teoría la respuesta es afirmativa, porque la racionalidad es imperante a la hora de decidir y más aún cuando el individuo posee la consecución de maximización a través de su opción elegida. Sin prescindir que la racionalidad del individuo en su sentido estricto y completo se ve afectado por influencias de alguna índole.

En referencia a que el individuo busca optimizar sus entornos, es preciso mencionar al individualismo metodológico, ya que constituye un precepto de la misma. El individualismo metodológico, nos plantea que los cambios sociales son originados por las características individuales del ser humano, ya sea estas: idiosincráticas, de cosmovisión,

252 Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. Sociológica*, 23(67). 221-236.

253 Montecinos, E. (2007). Análisis del comportamiento electoral: De la elección racional a la teoría de redes. *Revistas de Ciencias Sociales*, XIII (1). 9-22.

actitudinales, aspiraciones, entre otras. Esto sin duda guarda un gran vínculo con la toma de decisiones porque muchas de las veces, por no decir todas, los individuos obedecen a dichas cuestiones.

La acción de sufragar señala una cuestión de costo y beneficio, en tanto que, el beneficio debe primar. Lo cual constituye una motivación para el elector. Para mencionada acción, Montecinos (2007) nos planeta tres aspectos de manera teórica sobre la cual se puede explicar la decisión de votar, estos son: primero, "los beneficios derivados que el candidato o el partido preferido por el elector sea elegido (Downs, 1957). Estos beneficios pueden ser materiales, como la reducción de impuestos, o inmateriales como la gratificación psicológica que el candidato preferido sea el elegido." Segundo, "la probabilidad que su voto determine el resultado de la elección, sin embargo, esta probabilidad es minúscula incluso en elecciones muy competitivas." Finalmente, "los costos de votar." Para este último podemos citar los recintos a los cuales debe acudir el votante.

Bajo esa línea de la racionalidad en la toma de decisiones, se pueden distinguir algunas consecuencias, patologías o problemáticas: El padrón electoral – o ciudadanos – en muchos casos se sienten obligados a hacerlo ya que el no hacerlo acarrea sanciones pecuniarias, en otros, es menester realizarlo por fines cívicos, patrióticos, de compromiso y de apoyo o rechazo a una determinada ideología.

La patología respecto al voto que presenta el caso ecuatoriano y de manera similar otros países de la región es que se enfrentan a postulantes de corte populista, oportunista, con conducta mesiánica y otras antítesis a la democracia y bienestar. Dichos aspirantes están bajo la línea de la demagogia, pertenecen a oligarquías o partidocracias, para lo cual, a la ciudadanía que no posee un verdadero interés, se le dificulta realizar el proceso de abstracción para elegir su elección. Es por ello, que son más propensos a sugestionarse y creer las ideas que pregonan los políticos, las mismas que se supeditan a los beneficios que persigue el elector. Sumemos a ello, que para acceder a cargos de elección popular y en consecuente, tomar decisiones al detentar poder, en la legislación ecuatoriana no se establecen requisitos académicos.

En tal virtud, la administración estatal recae en malos gobiernos, que adoptan características contrarias al bienestar colectivo y Derechos del individuo, recalco que las vicisitudes a mencionar no son de manera generalizada. Entre otras consecuencias encontramos que:

obedecen a intereses de élites, partidistas o individuales; la Economía va en detrimento; las estructuras sociales se configuran a niveles mayores; la corrupción es la vía por la cual buscan beneficiarse las dignidades a base de sus decisiones; las leyes tienden a los intereses de los gobiernos de turno; la división poderes no se respeta y la independencia interna de las funciones son víctimas de injerencia.

Por tanto, la TER, bien hace al decir que el individuo persigue su interés personal, lo cual está sujeto a muchas críticas. Para muchos, la democracia en su Derecho al voto está en vilo, por cuanto sostienen que debe ser facultativo, en aras de quién lo haga sea consciente de la consecuencia sustancial que depara al Estado. En contraposición, surge la idea que suscitan problemas de legitimidad y ausencia de votantes, por ende, la democracia se vuele frágil y se considera una ruptura de la misma.

Solucionar de un solo tajo este nudo gordiano puede resultar utópico, pero podría decir que: los políticos deben poseer una ideología superior y directora que es el Bien Común y sujetarse a los principios axiológicos del Estado; por otro, a los ciudadanos a darle la importancia que merece el voto, e interesarse por la ciencia que ataña a la dinámica política y social.

b. Desde un modelo de Agencia

Una vez analizado como el poder público y la TER se aúnan y relacionan, es preciso realizar un análisis de principal y agente, por cuanto, los ciudadanos mediante el voto delegan las riendas de la vida política de un país a una persona. Dentro de ese precepto, las autoridades delegan la conformación de ciertas instituciones de acción social; por otro, instituciones que se conforman de funcionarios elegidos vía concurso, los cuales, no escapan de maximizar sus beneficios e ir en contra del servicio que deben estas instituciones a la sociedad. Sin duda, los dos configuran un problema de agencia.

El modelo principal – agente, plantea que un actor o ente depende del desarrollo de las acciones de otro actor, los mismo que se conocen como principal y agente, respectivamente. Entonces, al tener instituciones que han sido conformadas por democracia directa, y estas a su vez olvidan la misión en ellas encomendadas, por satisfacer sus intereses, sin duda, el principal afectado es la ciudadanía. En ese precepto, la administración pública no presentará el debido desenvolvimiento,

y por ende, tendrá la repulsa de la ciudadanía, consiente que parte de su membresía estatal es contribuir con impuestos.

Así, a manera de ejemplo se puede citar que, entidades que conforman el poder público en nuestro medio, son calificadas por la negligencia con la que se manejan respecto a quienes acuden a los servicios. Dichos problemas pueden ser remediados, aúnque no en su totalidad, mediante litigios; a través de la correcta y proba designación de las autoridades que van a regentar las entidades; una fiscalización por parte de los ciudadanos, entre otros.

En suma, la TER en relación con el poder público también es analizada desde la óptica del problema de principal – agente, ya que el poder se organiza a través de entidades. A su vez, estas pueden ser elegidas democráticamente o por designación, con el común denominador que quienes lo componen tienden a maximizar sus intereses. Por ende, la ciudadanía puede verse afectada porque las actividades que realizan los agentes no son las adecuadas o apropiadas.

4. CONCLUSIONES

El principio constitucional de la división de poderes y los "Checks and Balances" se le atribuye a Montesquieu. Dicha ecuación resulta imprescindible y fundamental para que se erija un Estado de Derecho, para el ejercicio de la democracia, para el modelo republicano, así como para garantizar los Derechos de los individuos y también para evitar la autocracia. La distribución del poder no exige una división en sentido estricto, sino que, estos deben mantener un determinado equilibrio, el mismo que está vigilado por los "Checks and Balances".

El paradigma de los "frenos y contrapesos" doctrinalmente se encuentran de manera abstracta y genérica, en el sentido que no indican específicamente cuáles deben ser estos, sino, a voluntad del constituyente recaerán los controles que se deban ejercer entre poderes. El caso ecuatoriano es muy singular puesto que, a la concepción antiquísima del sistema tripartito de funciones, le añade dos más. A base de ello, entre los controles que se consagran tenemos, entre otros: la fiscalización de la asamblea, con la figura del juicio político contra las autoridades, pero de manera especial podemos señalar al representante del ejecutivo; también, uno de carácter económico en el cual, la asamblea aprueba el presupuesto general del Estado. En cuanto al

Ejecutivo, por excelencia podemos mencionar la facultad de sancionar o vetar las leyes aprobadas por el órgano legislativo. Además, ubicados en un contexto histórico, la vida constitucional del Ecuador ha tenido la constante de consagrar la división de poderes dentro de su parte organizativa del Estado.

La Teoría de la Elección Racional en la ciencia política por su parte, sirve para estudiar al individuo actuar a base de su racionalidad al escoger o tomar la alternativa que mejor satisfaga sus menesteres o beneficie positivamente su condición. Al ser el poder público proveniente de la voluntad o soberanía popular, el voto ejercido democráticamente tiende a inclinarse al político que, primero, pregone propuestas que vayan de acuerdo a la necesidad del elector, o luego, políticos o ideologías que sean afines al elector.

Finalmente, el principio constitucional de los "Checks and Balances" presenta algunas patologías que impiden el correcto ejercicio de la misma, tal es el caso de la injerencia entre funciones, el desobedecimiento a los controles, el hiperpresidencialismo. Debido a quienes componen los órganos, principalmente del ejecutivo y legislativo, satisfacen los intereses individuales, partidistas, o hacia cierta élite. Lo que se explica por la TER, y por otro como se ha mencionado, la consecuencia trascendental del voto.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araya Olmos, B. (2009). *Incidencia Mediática y la Democracia Participativa*. El Foro, 10, 45-51.

Caballlero Míguez, G. (2007). *Nuevo institucionalismo en ciencia política, institucionalismo de elección racional y análisis político de costes de transacción: una primera aproximación*

Chaux Donado, F. J. (2013). *Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho.* Vniversitas, 126, 89-121.

Cristiano, L. (2006). Racionalidad de la acción y racionalidad de la teoría (Rationality of Action and Rationality of Theory). *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 113, 135-153.

Cruz R.J.C. (2014). Implicaciones políticas de la teoría de la racionalidad de Raymond Boudon Andamios. *Revista de Investigación Social*, 11(25). 341-359

Deeks, A. (2016). *Checks and Balances from Abroad*. The University of Chicago Law Review, 83 (1). 65-88

Daron Acemoglu, J.A. and Torvik, R. (2013). Why Do Voters Dismantle Checks and Balances?. *The Review of Economic Studies*, Vol. 80, 3 (284). 845-875

Ferrajoli, L. (2008). *La esfera de lo indecidible y la división de poderes. Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343

Fuentes, C. (2011). *Montesquieu: Teoría de la Distribución de Social del Poder. Rev. de Ciencia Política*, 31 (1). 47-61

Garcia Macho, R. (1986). Problemática de la División de poderes en la actualidad. *Revista de Estudio Políticos* (Nueva Epoca), 53. 175 – 190

García Roca, J. (2000). Del Principio de la División de Poderes. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 108. 41-75

García-Leal, Ó. (2009). Racionalidad en la elección y el efecto del costo irrecuperable. *Revista Colombiana de Psicología*, 18(2). 193-197

Garrido Peña, F., López Fernández, L. A. y Gil García, E. (2009). La Gripe A desde la teoría de la elección racional: Propuestas para la toma de decisiones de Políticas Preventivas. *Revista Española de Salud Pública* 83 (6). 785-790

Green, D. y Murillo Saldaña, L. (1994). *La política explicada por la teoría de la elección racional. ¿Por qué es tan poco lo que esta teoría nos ha enseñado?*. Foro Internacional, 3 (137). 363-403

Jiménez Asensio, R. (2014). *Frenos al Poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales)*. R.V.A.P, 99(100), 1753-1774

Keefer, P. and Knack S. (2007). Boondoggles, Rent-Seeking, and Political Checks and Balances: Public Investment under Unaccountable Governments. *The Review of Economics and Statistics*, 89 (3). 566-572

Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil.* Madrid: Alianza Editorial.

Lopez Peña, E. (2014). *Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de Estado Social y Democrático de Derecho.* Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 6. 159-166

Lucas Garín, A. (2009). *Nuevas Dimensiones Del Principio de División de Poderes en un Mundo Globalizado.* Estudios Constitucionales, 7(2), 241-253

Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). Patologías de la División de Poderes. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho.* 36, 275-295.

Montecinos, E. (2007). Análisis del comportamiento electoral: De la elección racional a la teoría de redes. *Revistas de Ciencias Sociales,* XIII (1). 9-22

Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes.* Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Morales Sánchez, A. y Segoviano Contreras, E. L. (2016) *Una perspectiva económicoinstitucional de la toma de decisiones: solución de problemas en situación de incertidumbre.* Investigación Económica, 75 (298). 57-75

Müller, G. (2005). *La dirección del Estado y la división de poderes en Suiza.* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 9. 227-237

Nuñez Rivero, C. (2012). La División de Poderes en el origen del Constitucionalismo Hispanoamericano. *Revista de Derecho UNED,* 11, 635-649.

Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12. 119-139

Páez Murcia, Á.M. (2006). Aplicabilidad de la Teoría de la de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. *Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, 15. 247-269

Reyes Matheus, X. (2011). *Volver a la Racionalidad Jurídica del Estado: Doscientos años de constitucionalismo iberoamericano*. Cuadernos de Pensamiento Político, 29. 205-2013

RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, 6(2). 9-27

Santiváñez Vivanvo, M. (2013). *Controlando al Leviatán: corrupción, anticorrupción e islas de autoridad*. Cuadernos de Pensamiento Político, 38. 59-72

Torres Ávila, J. (2014). *Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes*. Justicia Juri (10)1. 87-101

Vega Encabo, J. (2011). *¿Es la racionalidad de la ciencia una especie de la racionalidad práctica?* Diánoia, LVI (67). 13-41

Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. Sociológica,* 23 (67). 221-236

Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. Sociológica*, 23(67). 221-236

Marco Legal

Constitución De La República Del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Websites

Ministerio De Relaciones Exteriores Y Movilidad Humana. El Ministerio. Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008. Recuperado de https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiPipuKwNzYAhWCNd8KHRLZAWYQFgheMAw&url=http%3A%2F%2Fwww.cancilleria.gob.ec%2Fconstituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta2008%2F&usg=AOvVaw2mYty2V6gYQAjO67oK_Gxf

Recibido: 11/08/2017

Aceptado: 28/11/2017

David Israel González Pogo: Investigador jurídico de la Oficina de Procuración y Mandato del Doctor Manuel Tndaza.

Correo electrónico: suquito11@gmail.com

Desempeño de la Defensoría Pública del Ecuador desde el Modelo Principal-Agente

Performance of the Public Defense of Ecuador from the Principal-Agent Model

René Antonio Gálvez Delgado
Investigador Jurídico, SISEP

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 353-376, ISSN 2588-0837

RESUMEN: en este artículo se efectúa un análisis del desempeño de la defensoría pública del Ecuador con el objetivo de identificar factores administrativos que afectan la eficiencia de esta institución para proponer soluciones que permitan una mejora en su rendimiento ya que, en los últimos años, se ha evidenciado la falta de productividad en este organismo. Esto resulta pernicioso si se considera que de su actuación depende el ejercicio de los Derechos de muchas personas en el país. En este documento, a través de la introducción del modelo principal-agente se explica la trascendencia de los costos de agencia en los resultados de la labor de la defensoría pública, como gestor, y los perjuicios que recibe la ciudadanía como principal. Además, se analizan algunos incentivos para combatir el problema de agencia en instituciones públicas y finalmente, se llega a la conclusión que el desempeño ineficiente de la defensoría pública, radica en un problema estructural de la administración ecuatoriana.

PALABRAS CLAVES: productividad, costos de agencia, defensa pública, litigio administrativo, incentivos.

ABSTRACT: in this article an analysis of the performance of the public defense of Ecuador is carried out with the objective of identifying administrative factors that affect the efficiency of this institution to propose solutions that allow an improvement in its performance since in recent years there has been a lack of productivity In this body, which is pernicious to consider that the exercise of the rights of many people in the country depends on their actions. In this project, through the introduction of the principal-agent model, the importance of the costs of agency in the results of the work of the public defense, as

manager, and the damages that the citizenship receives as principal is explained. Some incentives to combat the problem of agency in public institutions are analyzed and finally the conclusion is reached that the inefficient performance of public defense lies in a structural problem of the Ecuadorian public administration.

KEY WORDS: productivity, costs of agency, public defense, administrative litigation, incentive.

INTRODUCCIÓN:

La concepción occidental del fin último del Estado ha variado desde sus inicios, actualmente es ampliamente aceptada la idea que el Estado debe ser un ente garante de Derechos hacia la ciudadanía.

El Ecuador no es la excepción, de hecho desde la promulgación de la Constitución de Montecristi la garantía de los Derechos ha sido un tema prioritario, al menos en materia legal, uno de los Derechos tutelados es la carta magna es el Derecho a la defensa legal de manera gratuita, para ello se instituyó un órgano que pese a tener algunos antecedentes similares en el país es fue novedoso en su momento; esta es la defensoría pública del Ecuador, al momento de su creación fue idealizada como una entidad que brinde un servicio de defensa gratuito y de calidad, sin embargo, su labor no es considerada óptima por parte de la ciudadanía y ha recibido reiteradamente varias críticas respecto a la calidad de su desempeño.

La motivación de este trabajo consiste precisamente en buscar posibles soluciones a esta problemática ocasionada ya que el esfuerzo que invierten los abogados en los casos presentados por los usuarios de la defensoría pública no es el mismo ni tiene la misma eficacia que el invertido por un abogado particular, en relación con su cliente, para analizar este problema es necesario entender por partes la relación que se establece entre los beneficiarios de los servicios de la defensoría pública del Ecuador y los servidores públicos que laboran en ella, para ello, se utilizará el modelo principal-agente el cual permite tener una visión más amplia del vínculo que existe entre ambas partes y los elementos causantes de la productividad deficiente de un empleado entendida como los costos de agencia.

En este trabajo se pretende realizar un análisis de la labor realizada por la defensoría pública e identificar los problemas de agencia que se presentan en esta institución para poder identificar falencias que son comunes dentro de los organismos estatales precisamente por el diseño del sistema en el que tienen que desarrollan sus actividades, un sistema propicio para que existan actuaciones arbitrarias, que la mayor parte del tiempo pasan inadvertidas ante el Estado y sus organismos de control y monitoreo, que, dicho sea de paso, tampoco se encuentran libres de problemas de agencia. A través del modelo principal-agente se procederá a evaluar otros elementos como el diseño de la estructura institucional mediante un abordaje a los fundamentos legales de la defensoría pública del Ecuador y los resultados que la actuación de este organismo ha generado, para este punto se realizará una revisión de los informes de labores de la defensoría pública del Ecuador correspondientes a los años 2014 y 2016, de igual manera se ha considerado para este punto las opiniones de la ciudadanía respecto a la defensoría pública del Ecuador plasmadas en confiables medios de comunicación, y algunos datos estadísticos proporcionados por instituciones gubernamentales e internacionales.

La finalidad de este trabajo es proporcionar una visión más amplia acerca del Estado de los organismos de gobierno ecuatorianos en general y de la defensoría pública del Ecuador en particular para, a lo largo de este escrito encontrar posibles soluciones a los problemas de agencia y la baja productividad estatal que afecta directamente a la ciudadanía.

Este artículo se compone de tres secciones orientadas a tres objetivos específicos planteados al inicio de la investigación, la primera sección desarrolla el primero de ellos que consiste en realizar una descripción del problema de agencia y las implicaciones que tiene en el sector público, el segundo objetivo implica realizar un análisis estructural de la defensoría pública del Ecuador mediante una revisión de su normativa, para ello en la segunda sección se procede a llevar a cabo este cometido, finalmente se presenta una tercera sección en donde se evalúa el desempeño de la defensoría pública del Ecuador mediante su informe de labores del año 2016 en concordancia con el tercer objetivo planteado.

1. MODELO PRINCIPAL-AGENTE Y LOS COSTOS DE AGENCIA

Para iniciar es necesario comprender que es el modelo principal agente. El mismo de una manera simplificada consiste en la ilustración de la relación que existe entre dos partes en el contexto una delegación de determinada tarea.

El modelo principal agente es el vínculo que existe entre dos sujetos, un primer sujeto denominado principal, y un segundo sujeto denominado agente o gestor, en donde los beneficios que obtenga el principal son directamente proporcionales a la calidad del desempeño del agente[254], el principal procede a la contratación de un agente para la realización de una labor que este por falta de tiempo o conocimientos no puede llevarla a cabo, el modelo principal-agente intenta explicar la actuación de los agentes económicos a base de su racionalidad.[255]

Este modelo es utilizado principalmente en las ciencias económicas y pese a gozar de gran utilidad en el ámbito empresarial y financiero ha logrado difundirse hacia otras áreas ya que facilita interpretar de mejor manera los costos de transacción, definidos como costos necesarios para ordenar o crear y operar las instituciones y garantizar la obediencia de las reglas[256], Dichos costos se generan frecuentemente en relaciones jerárquicas tales como empresas y hasta el propio gobierno. En esta ocasión el modelo del principal-agente nos servirá para ilustrar el problema de agencia y sus efectos en la eficiencia de la defensoría pública del Ecuador.

El problema de agencia. Estos se presentan cuando hay una actuación poco productiva por parte del agente y como resultado se afectan negativamente los resultados deseados por el principal, la baja productividad del agente en muchas ocasiones es producida por la discrepancia de intereses entre ambos sujetos, en otras palabras, esperan un resultado distintito respecto a la realización de un fin.

La Teoría de Agencia explica los costos de agencia a través de tres variables[257], estas variables resumen las divergencias entre el principal y el agente. La primera de estas es la incentivación, que consiste en

254 Posner, E. (2000). Law and economics.

255 Ganga Contreras, F. y Félix Burotto, J, (2017). 87.

256 Germán G. y Rodríguez B. (2011). 123.

257 Jensen y Mecling (1976).

las motivaciones divergentes entre las partes, esto genera conflictos de intereses entre las mismas. Una de las dificultades que se presenta en una relación de agencia radica en que se da por sentado que el principal y el agente tienen las mismas metas y un interés[258] común, pero en realidad esto no siempre ocurre, al contrario, los fines perseguidos por ambas partes casi siempre son diferentes, mientras el principal tiene un objetivo definido, el gestor se plantea otro muy distinto influenciado por sus aspiraciones personales o quizá la misma meta, pero matizada con sus propias expectativas. En este punto aparece otro concepto que es importante abordar el cual es el riesgo moral, cuando el agente se desempeña en consideración a sus intereses personales y deja pasar por alto los del principal, de esta forma disminuyen los beneficios finales del titular.

La segunda variable es la asimetría de información que complica el desempeño productivo de la relación ya que el principal y el agente actúan en escenarios de conocimiento desiguales y con información insuficiente, este hecho se presta a incrementar el problema de agencia ya que normalmente el agente se encuentra en una ventaja comparativa respecto del principal lo que puede ocasionar comportamientos oportunistas por parte del gestor en un intento por cumplir con su objetivo personal, por ende la relación contractual se torna ineficiente, con menores beneficios de los que podría obtener el principal.[259]

La tercera variable es el factor de riesgo a asumir; ambas partes tienen una predisposición distinta con respecto al riesgo a emplear para alcanzar el objetivo, clásicamente se suele dividir a los individuos en amantes al riesgo, neutrales al riesgo e individuos adversos al riesgo, en esta categoría se encuentra la mayoría de la población, el riesgo a tomar es determinante para la consecución de un objetivo, en la mayoría de casos las personas buscan empleos donde puedan tener estabilidad, especialmente salarial ya que de manera inconsciente esperan invertir un mínimo de esfuerzo pero además esperan contar siempre con una renta segura, esta brecha que existe entre el objetivo de estabilidad financiera con poco riesgo del gestor y el desempeño esperado de este por parte del agente es donde se originan los problemas de agencia.

258 Fernández Olmos, M. y Marín Vinuesa, L. (2012). 5.

259 Ganga Contreras, F. y Quiroz Castillo, J (2015). 641.

Estos tres factores constituyen serios problemas que dificultan el desempeño efectivo del agente en un trabajo y se relacionan con otras categorías determinantes en las relaciones de agencia.

Aparte de los problemas ya mencionados se encuentran otros factores causantes de problemas de agencia como el desconocimiento del sujeto a contratar, aquí aparece el problema de la elección equivocada que se presenta en un contexto donde el agente no posee las actitudes, aptitudes o medios de conocimiento requeridos para el cumplimiento de la terea encomendada, este un inconveniente grave ya que en suma a las discrepancias de intereses que se presentan entre el principal y el agente se obtendrá un resultado ineficaz de la tarea encomendada por razones evidentes.

Pese a que el agente se encuentre consciente del mal desempeño de su trabajo, este realizará los esfuerzos necesarios para lograr mantener su puesto, estos comportamientos oportunistas no hacen más que empeorar la situación, por las razones expuestas es preciso mejorar de alguna manera la relación del principal y el agente.

A todo lo anterior hay que sumar una nueva dificultad y es que no hay que entender al modelo principal-agente como una relación únicamente entre dos individuos, las relaciones de agencia se extender a varios niveles; esto es conocido como problema de multiagencia[260] en la cual las acciones del principal y los agentes superiores repercuten en los sujetos de menor jerarquía, esto es muy común a nivel de gobierno precisamente por el número de personar requeridas para el funcionamiento de sus instituciones.

Según García (2016)[261] existen dos maneras para optimizar la actuación del agente, la primera consiste en una alineación de intereses entre ambos sujetos mediante un modelo de contratos que permita dicha finalidad, para lograrlo se deberían tener en cuenta las variables de la teoría de agencia (incentivación, asimetría de información y riesgo a asumirse), para generar un enfoque contractual más equitativo y eficiente entre las partes involucradas.

La segunda manera consiste en implementar un control eficaz que permita monitorear la actuación del sujeto gestor, el problema

260 González-Chavarría, A. 199.

261 García A. (2016). 4.

con esta segunda opción radica en lo costosa que puede resultar, sin mencionar el hecho que al implementarla se pueden presentar más problemas de agencia, incluso en este punto Rumeau (2012) propone la existencia de una paradoja a la luz del modelo principal-agente ¿Quién controla a los controladores?.[262]

Una vez comprendidos los conceptos de problema de agencia y costos de agencia, resulta pertinente abordar el tema de los incentivos que inducen al gestor a actuar de una determinada manera. En este punto se analizará brevemente la manera en que ciertos factores contextuales en los que se ve inmerso el agente que determinan su manera de proceder cuando se le encarga la realización de una tarea.

En primer lugar se tiene que saber que los incentivos son los impulsos que hacen responsables para que la persona gestora invierta esfuerzo en una determinada proporción; estos están definidos tanto por las aspiraciones personales del sujeto como por el diseño del sistema en el que labora y como este le ayuda a lanzar sus objetivos, de esta manera se puede afirmar que la actuación del agente se encuentra determinada por los incentivos que recibe y estos a su vez por lo que espera del trabajo a ejecutar. De manera general, el escenario planteado líneas anteriores donde el gestor vela por sus objetivos y no invierte un esfuerzo extra suele ocurrir ya que el agente tiene un incentivo constante que es su salario, el mismo es percibido cada cierto tiempo y genera un ambiente rutinario que hace que el gestor entre en una zona de "confort" donde realizará el mínimo necesario, ubicado en un punto donde no sea despedido por el principal, pero que tampoco tenga que aplicar un esfuerzo mayor a su trabajo, esto es entendido desde el análisis económico del Derecho como "utilización de la racionalidad ante incentivos".[263]

Esto por inofensivo que parezca, es en muchas ocasiones un problema estructural y puede llegar en un nivel macro a afectar la productividad de toda una institución, una posible solución radica en utilizar incentivos para optimizar el rendimiento del contratado.

Los incentivos pueden ser muy variados y por esta razón se tiene que considerar que no se habla únicamente de dádivas o premios, también se refieren a acciones en contra del gestor como sanciones u otro elemento punitivo utilizado en su contra. A continuación, se presentan al-

262 Rumeau, D. (2012). 131.

263 Mongua, J. F. y Manrique Rodríguez, J. A. (2015). 141.

gunos incentivos que pueden mejorar el desempeño de un agente enfocados desde una perspectiva jurídica, los mismos pueden ser aplicados al mismo tiempo, pero siempre con un enfoque adecuado y ordenado.

a) **Incentivos de contratación:** La idea de estos incentivos es que el trabajo cumpla con las expectativas tanto del principal como del agente, los mismos nacen de una reestructuración del enfoque de contratación de un organismo, esta clase de estímulos radican en la optimización de las formas de contratación con el fin de lograr una alineación de intereses entre el principal, y el agente, por esta razón su objetivo se concentra en las variables de incentivación y aplicación de riesgo, en este caso es necesario restructurar las condiciones de remuneración[264], y dichas condiciones tienen que ser pactadas desde un inicio[265], las cláusulas de los contratos deben fomentar la homologación de los intereses de ambas partes y definir desde el inicio las expectativas del contratante y el empleado.

   Como ejemplo de esto se puede proponer la obtención de un valor extra al salario prefijado en proporcionalidad con los resultados obtenidos, claro que siempre será necesaria una base concreta de remuneración por la aversión al riesgo de la mayoría de individuos. El objetivo es planificar incentivos que estén diseñados de tal manera que se permita indagar los intereses del futuro agente y en la medida de lo posible direccionarlos al cumplimiento de la meta del principal, para dar cumplimiento a este postulado el Estado, para aplicar estos incentivos bien puede servirse de sus organismos de control para no solo detectar y sancionar anomalías sino también de recompensar actuaciones productivas y eficientes.

   El departamento de recursos humanos tiene que ser más riguroso en la selección del personal para evitar el problema de la elección equivocada, los esquemas de contratación tienen que ser mucho más personalizados y no tan generales y homogeneizados como muchas instituciones lo manejan actualmente, especialmente en el sector público, para así lograr identificar aptitudes de manera individual, cada institución estatal debe contar con una planificación adecuada para alcanzar este fin. El establecer contrales más rigurosos para el ingreso a cargos públicos a su vez funciona para incentivar a los aspirantes a mejorar sus capacidades.

264 Pino-Pinochet, P., Ponce-Donoso, M., Carmen. y Vallejos-Barra, O. (2015). 123.

265 Pérez Hasbun, D. y Velazco Gutiérrez, D. (2015). 4.

b) **Incentivos de control y sanción:** respecto al control de desempeño hay que mencionar que se encuentra presente dentro del Estado, su órgano más representativo es la Contraloría, encargada de velar por la transparencia y buen desempeño de funcionarios públicos, y en caso de una actuación adversa este organismo se encarga de aplicar sanciones[266] con el objetivo de mejorar el sistema administrativo. Sin embargo, la falta de productividad por problemas de agencia no se refiere específicamente a actos ilegales sino de una actuación poco eficiente dentro del marco de la ley, sin embargo, es posible inducir una alerta del funcionamiento ineficiente de una institución mediante mecanismos que permitan que los agentes sientan la posibilidad de ser castigados[267], mecanismos tales como legales como el litigio contra el Estado.

   Según García (2016) el litigio puede ser utilizado como un sistema de alarma[268], esto significa que la ciudadanía al sentirse insatisfecha con un servicio puede aplicar litigios en contra del respectivo organismo estatal, esto a largo plazo tiene un efecto de alerta que actúa directamente como un incentivo para una mejora continua del sistema; sin embargo, es importante destacar que este mecanismo depende del diseño de las reglas del sistema , en un escenario de reglas deficientes[269], el litigio como sistema de alerta administrativa también los será.

   En un escenario deseable, al imponer un litigio contra el Estado tienen que existir pocos obstáculos para iniciar el proceso para que el litigio sea visto como un hecho inminente por parte del órgano público, además el mismo tiene que ser eficaz, y objetivo, además en caso de determinar la responsabilidad del procesado tiene que existir una sanción real y palpable que servirá como estímulo para una mejora constante, una finalidad de este incentivo es utilizar los costos de agencia para conseguir que los funcionarios reaccionen ante estos y mejoren su labor.[270]

   Como es evidente para alcanzar una aplicación exitosa de ambos incentivos es necesario que se den mejoras a la estructura de las insti-

266 Cordero Quinzacara, E. (2012). 134.

267 Castillo, M. y Balbinotto, G. (2017). 20.

268 García, A. (2016). 223.

269 Guzmán, X. (2012). 197.

270 Rabossi, M. (2014). 6.

tuciones estatales, entendidas no solamente como los órganos del gobierno, también como las reglas de juego con las que se desenvuelven los mismos, para reducir los costos de agencia se tiene que realizar mejoras con una perspectiva integral, esto es no fijarse únicamente en el individuo como tal, sino identificar las falencias a nivel general.

Recordemos que la discordancia de intereses entre el principal y el agente no es el único dilema que se presenta en esta relación, también se da la deficiencia en el flujo de información, para este caso se requieren mecanismos que permitan un conocimiento más completo de las acciones del agente y que el principal posea las herramientas suficientes para monitorear su desempeño y de esta manera saber qué es lo que precisamente tiene que exigir al gestor.

2. ANÁLISIS SITUACIONAL Y NORMATIVO DE LOS ÓRGANISMOS PÚBLICOS EN EL ECUADOR

En el Ecuador se comenta reiteradamente sobre la ineficacia de sus instituciones públicas, y no es solo cuestión de percepción, cifras a nivel internacional revelan esta realidad, este es un problema que puede ser analizado desde muchas perspectivas, pero en esta ocasión nos ocupa el hacer una revisión de las deficiencias de los organismos estatales a la luz del modelo principal-agente y sus elementos.

Los problemas de agencia a nivel estatal en el Ecuador analizados desde las variables de la teoría de agencia parecen verse fuertemente marcados por la discordancia de intereses, aparentemente una gran mayoría de funcionarios públicos se mueven meramente por intereses personales ya que no existen controles adecuados que permitan modular sus acciones a los objetivos estatales,[271] esto es corroborado en parte, en la alta tasa de corrupción que posee el Ecuador y los ineficientes resultados del accionar gubernamental en política económica y otras materias. Es indiscutible que el Ecuador tiene problemas administrativos en sus instituciones y esto repercute en la eficacia de la acción estatal.

Con respecto a la relación entre la corrupción y los costos de agencia no nos referimos a que el acto delictivo como tal y su reiterativo cometimiento constituye una causa de costos de agencia, pero es una clara

271 Mikhail Soto, I. y Cortez, W. (2015). 163.

evidencia de la siguiente afirmación: Los cargos públicos en el Ecuador son vistos como un medio de lucro antes que un método para garantizar los Derechos de las personas, fin último del Estado ecuatoriano.

Con respecto a la variable de asimetría de información hay que destacar la importancia de optimizar el flujo de información para propiciar el control de desempeño y la rendición de cuentas,[272] esto significa, realizar un monitoreo de la actividad del agente; como ya se mencionó este método resulta costoso, pero en un ámbito tan poco manejable como la administración pública y al realizar un análisis de costo-beneficio se concluye que resulta necesario.

Los organismos de monitoreo como ya se mencionó existen en el Estado pero para disminuir los costos de agencia en instituciones públicas resulta necesario un replanteamiento de sus funciones con el fin de evitar comportamientos oportunistas fundamentados de manera inconsciente en la estructura del sistema, algo común en el Ecuador, a continuación se desarrollará el porqué de esta afirmación, a breves rasgos se analizarán los factores administrativos y situacionales del país que influyen en que el servidor público tenga intereses dispares respecto a los objetivos estatales.

Los funcionarios de igual manera se ven influenciados por el nivel de riesgo que tomen, en el sector público los salarios suelen ser fijos y poco cambiantes por lo cual las personas, que en su mayoría son adversas al riesgo, prefieren estos puestos de trabajo antes que un empleo en el sector privado donde están sujetos a normas más personalizadas a voluntad de los particulares.

De esta manera, al comprender que el problema de eficiencia institucional no es un caso aislado del sistema en general, si no que forma parte de este es preciso hacer hincapié en una mejora de ese gran sistema administrativo del Estado.

Como se puede apreciar el escenario en el sector público se presta para la existencia de costos de agencia, precisamente porque el diseño del sistema es propicio para que prevalezcan los intereses particulares del agente sobre los de la ciudadanía que en última instancia es el principal, las numerosas relaciones de delegación de tareas y la inca-

272 Chamizo García, H. (2011). 9.

pacidad estatal al intentar que funcionen da paso a una evidente crisis de las estructuras de gobernanza en el Ecuador.[273]

Es importante cuestionarse cuál es la raíz de este problema institucional en el país.

En este ámbito se observa un problema de agencia a nivel democrático, la ciudadanía como titular en teoría delega funciones a un gobierno que tiene la obligación de garantizar un óptimo funcionamiento del Estado, sin embargo, esto no sucede así, en el Ecuador no existen reglas de juego claras respecto al funcionamiento de sus organismos de administración estatal, el desenvolvimiento de los mismos se ve marcado en ocasiones incluso por los vaivenes políticos del país, la burocracia de los mismos es delegada por el gobierno de turno y esta se preocupa en priorizar el cumplimiento de su proyecto político antes que mantener una línea de certeza independiente del gobierno,

Las leyes son muy variables y cambiantes respecto al partido que ejerce el poder, por lo tanto, la institucionalidad se ve seriamente afectada, este fenómeno por una parte es responsable de la poca seguridad jurídica con la que cuenta el país, la seguridad jurídica tiene que ser sinónimo de estabilidad y eso es precisamente lo que se encuentra en serias dificultades en el país para su realización, al hablar de estabilidad no nos referimos a que el modelo de desarrollo de la administración estatal tiene que ser una fiel copia de sus antecesores y predecesores, sino que tenga un mínimo de continuidad y se garantice un orden jurídico que resulte eficaz para el cumplimiento de los objetivos predefinidos a miras de lograr la satisfacción del ciudadano.[274]

Aparte de lo preciso que resulta que en el Ecuador existan instituciones estables y capaces de garantizar estabilidad en el manejo de la administración estatal, también se tiene que mencionar que la eficiencia jurídica es de vital importancia para que no aparezcan intereses particulares, en un contexto de inseguridad los servidores públicos sienten que se encuentran en un escenario donde quien es más sabio y conoce los “trucos” es el que sale adelante, este es un mal generalizado en Latinoamérica precisamente por la inestabilidad política y económica de la región.

---

273 González-Chavarría, A. (2014). 192.

274 Marinoni, L. (2012). 256.

El Ecuador no es la excepción, estamos ante un Estado que no solamente se ve afectado su inestabilidad política si no que posee una Economía muy cambiante y sus acciones se ven marcadas por la perpetua inestabilidad financiera en la que se desarrolla el país,[275] así se puede afirmar que los problemas de agencia de cualquier institución, insistimos, no es un mal particular sino que son el resultado de una serie de factores internos y externos de la realidad del país en general, en este punto se ha realizado un análisis dogmático y somero de los factores administrativos causantes de problemas de agencia, en el siguiente punto se tratará el caso ecuatoriano desde una perspectiva jurídica más central.

Como conclusión a este punto resulta oportuno el mencionar que el Ecuador requiere de una modernización de la organización gubernamental que se encuentre a la par de los cambios de la vida moderna[276], aislada de los intereses de cualquier proyecto político, para llevar a cabo acciones tales como el monitoreo eficiente, la alineación de intereses o cualquier otro intento por reducir costos de agencia es necesario que el Estado abandone modelos arcaicos de gobernanza y establezca una planificación objetiva a futuro. Este último es un elemento del cual ha carecido el país, una ruta clara y definida es importante para identificar a tiempo cualquier anomalía que pueda presentarse. se tiene que hacer una profunda revisión de los métodos que se emplean actualmente en la administración pública, cuestionarse sobre las influencias partidistas en la burocracia y dar paso a las nuevas tecnologías de la información y comunicación para mejorar de manera eficiente la colapsada administración de los organismos estatales[277], sin embargo la modernización de la administración estatal no tiene que confundirse únicamente con la implementación de tecnología, también significa el realizar un análisis sobre la forma en la que trabajan las nuevas generaciones, evaluar la eficiencia en la actualidad del tradicional modelo vertical de gobernanza y adaptarlo a la nueva realidad de hoy en día, hay que recordar que la alineación de intereses va de la mano respecto a cómo el servidos público se siente en su trabajo, para ello hay que ampliar el campo mucho más allá, inclusive al ámbito de la seguridad social para de esta manera implementar modelos de desarrollo más flexibles[278], para obtener un sistema que no descuide ninguno de sus sectores, los problemas de agencia tienen

275 Tsuyoshi, Y. (2013). 9.

276 Zamora Torres, A. y Navarro Chávez, J. (2014). 121.

277 Secretaría de la Función Pública, Estados Unidos Mexicanos. (2015). 241.

278 Beristain Gallegos, E. (2013). 4.

que ser abordados desde una perspectiva en la cual se vea la administración pública como una máquina, que no funciona si hay un defecto en alguna de sus piezas.

Al continuar con los postulados ya mencionados en los puntos anteriores en esta ocasión resulta oportuno un análisis del problema desde sus elementos de fondo, en este caso, las reglas de juego con las que se desempeñan las instituciones ecuatorianas y los componentes de estas que pueden estar vinculados presuntamente a la producción de costos de agencia.

La institución por analizarse será la defensoría pública del Ecuador, dicho organismo ha sido seleccionado ya que por la labor que este realiza es uno de los más adecuados para ilustrar el problema de agencia, el funcionamiento y funciones de la defensoría pública del Ecuador se encuentran definidos en varios instrumentos legales que juntos constituyen la base legal que fundamenta a la defensoría pública del Ecuador, se procederá a un análisis de los puntos correspondientes a los objetivos y deberes de esta esta institución y se detallará las razones por las que su normativa puede ser causante de costos de agencia.

En primer lugar y por orden jerárquico encontramos a la Constitución de la República del Ecuador en la que se enuncia el "deber ser" de la defensoría pública.

La Constitución en su artículo 75 establece que "toda persona tiene Derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus Derechos e intereses, y que en ningún caso quedará en indefensión"[279], como es apreciable este objetivo constitucional es muy idealista y no define un camino claro a seguir por la institución, el mismo dispositivo legal en su 76, numeral 7, literal a, establece que "nadie podrá ser privado del Derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento"; y, en el literal g del mismo artículo garantiza a toda persona el Derecho a ser asistida en los procedimientos judiciales por una abogada o abogado de su elección, o por defensora o defensor público.

Dentro de la base legal de la defensoría pública encontramos algunos decretos que forman parte del proceso de conformación de este órgano estatal, es importante destacar que el mismo nació tal y como hoy día es como parte del proyecto político del gobierno de Rafael Correa; el ex-

279 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

presidente sentó las bases de lo que sería la defensoría pública mediante dos decretos en el año 2007 los mismo se detallan a continuación.

El Decreto Ejecutivo N°563 del 17 de agosto de 2007 publicado en el Registro Oficial N°158 de 29 de agosto del mismo año, creó la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, adscrita a la Presidencia de la República, y consecutivamente se emite otro, el Decreto Ejecutivo NO 748, de 14 de noviembre de 2007, publicado en el Registro Oficial NO 220 de 27 de noviembre de 2007, adscribió la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, manteniéndose como una entidad desconcentrada, con independencia administrativa y financiera.

Aquí se encuentra uno de los grandes problemas que inclusive es reiterativo en varias instituciones estatales, el referente a la autonomía financiera, esto no ocurre en el Ecuador, los órganos gubernamentales dependen casi indispensablemente de los fondos que el gobierno asigne, este es un claro ejemplo del mal manejo que se ha dado a las instituciones definidas por la Constitución de esta manera incluso la función de participación ciudadana no cuenta con la mismo, esto principalmente por una falta de planificación para tomar decisiones de inversión en un tiempo establecido[280]; en referencia a la autonomía también se encuentra el artículo 191 de la Constitución, en el cual se establece que la Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial, cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, sin embargo, es cuestionable hasta qué punto este mandato ha sido cumplido si en la última década la autonomía de la misma función judicial se ha visto comprometida; la independencia tiene que ser no solamente monetaria, sino también política ya que los funcionarios públicos que allí se encuentren van a priorizar los intereses del Estado antes que los del ciudadano que recurra a este organismo en busca de defensa, este fue un caso frecuente en el gobierno de Rafael Correa cuando ciudadanos inconformes con la actividad estatal acudían a la defensoría pública y esta no cumplía su trabajo eficientemente, todo esto por la falta de autonomía política y financiera de la institución.

Una vez realizada la evaluación de los fundamentos legales de la defensoría pública del Ecuador se procederá al análisis de sus atribuciones consagradas en el artículo 286 del código orgánico de la función judicial.

280 Pérez Hasbun, D. y Velazco Gutiérrez, D. (2012). 8.

La primera tarea de esta institución según este artículo es el garantizar “la prestación gratuita y oportuna de servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial, conforme lo previsto en este código, a las personas que no puedan contar con ellos en razón de su situación económica o social”, este es el gran objetivo de la institución pero en la realidad se observa que la selección de las personas que aquí ingresan muchas veces no realmente necesita el servicio tanto como otras, esto ya que se presentan casos de corrupción donde los funcionarios reciben coimas por permitir el ingreso a cualquier persona, aquí se ve un evidente caso de primacía del interés del agente por sobre el del principal, el monitoreo a la actuación de los gestores en esta entidad tiene que ser mucho más riguroso, pese a que resulta costoso, pero reiteramos, resulta necesario, cuando una estructura no es funcional la eficiencia radica en la reorganización.[281]

El artículo 286 también le exhorta a “garantizar el Derecho a una defensa de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente.” Para entender la falla en el cumplimiento de este mandato, primeramente, se tiene que mencionar que los funcionarios de la defensoría pública perciben un salario fijo, de esta manera su interés de estabilidad se ve cubierto y descuidan la calidad de la defensa que proporcionan, simplemente esperan resolver todos los casos que llegan hasta ellos con la mayor brevedad posible, inclusive se llega en ocasiones a asesorar arbitrariamente a fin de terminar rápidamente con el caso, acción que evidentemente no harían con un cliente particular, esto además de ir en contra de la ética profesional del abogado,[282] por consiguiente también incumple con otro objetivo de la defensoría pública del Ecuador que es el “Garantizar que las personas que tengan a su cargo la defensa pública brinden orientación, asistencia, asesoría y representación judicial a las personas cuyos casos se les haya asignado, y velen por el respeto a los Derechos de las personas a las que patrocinen. En todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida”, con los factores mencionados anteriormente es certero que los intereses de la persona defendida y por ende de la ciudadanía que es el principal no primarán.

Por otro lado, en muchas ocasiones no se respeta la opinión del ciudadano y se le imponen condiciones que el funcionario decide motivado por el cumplimiento de intereses personales respecto a la persona

281 Díaz Perilla, V. (2011). 14.

282 Anríquez Novoa, A. (2016). 336.

a defender, se ha presentado este caso especialmente en escenarios de demandas contra el Estado. Este escenario es muy común cuando no existe verdadera autonomía de la institución. Esto no es legal ya que va en contra de otra atribución conferida a la defensoría pública por el mismo artículo 268 del código orgánico de la función judicial el cual a la letra reza "garantizar la libertad de escoger la defensa de la persona interesada y solicitar, de ser necesario, una nueva designación a la Defensoría Pública", por esta razón se insiste tanto en la búsqueda de autonomía del ejecutivo, no solo por parte de la defensoría pública sino de toda la función judicial.

Al retomar el tema del riesgo asumido por el agente se encuentra una nueva problemática y un nuevo incumplimiento de otro objetivo de la defensoría pública, este es el "apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas preprofesionales en la Defensoría Pública". Según testimonios de pasantes en instituciones públicas los mismos no reciben el apoyo necesario, esto, puede deberse a que los funcionarios ya en cargo sienten una amenaza inminente por parte de los nuevos postulantes justamente por sus intereses de mantener sus cargos y la aversión a tomar riesgos en el futuro, esto puede resultar perjudicial para el organismo ya que se priva a corto plazo de un personal que puede tener mejores aptitudes que los agentes en funciones.

3. EVALUACION DE EFICIENCIA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR

Una vez que se ha realizado el análisis del modelo principal-agente y se ha analizado la base legal de la defensoría pública del Ecuador, en esta parte se abordará la parte más pragmática de este trabajo, nos referimos a los resultados que ha dejado hasta el momento este organismo, para este punto será de utilidad el informe de labores de la defensoría pública del año 2016 y algunas referencias a esta institución realizadas por medios de comunicación, especialmente en la sección de cartas al director para obtener opiniones de la ciudadanía en general que, como se ha podido observar es el principal en esta relación.

El informe de labores de esta institución realiza una comparación respecto a la labor realizada por la defensoría pública en el año 2015 y 2016, para ilustrar de mejor manera estos datos, previamente a su análisis, a continuación se presenta una tabla que esquematiza los mismos.

Tabla 1. Desempeño de la defensoría pública del Ecuador en los años 2015 y 2016		
Elemento analizado	**Año 2015**	**Año 2016**
Número de puntos de atención a nivel nacional.	148	205
Patrocinios penales realizados	128.049	158 850
Número de defensores por cada 100.000 habitantes.	4	5
Asesorías realizadas	40.635	43.238
Número de personas atendidas en el centro de mediación de la defensoría pública.	3857	4496

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en la tabla anterior, respecto a los avances de la defensoría pública encontramos la ampliación de sus puntos de atención respecto al año 2015 de 148 a 205, dicha institución presenta este incremento como un logro, pero la cuestión radica en si realmente esto significa un cambio positivo y beneficioso o simplemente se trata de un mero aumento de la burocracia estatal.

Con un aumento en los puntos de atención no se garantiza que el servicio será más eficiente, el servicio de la defensoría pública no puede medirse por su cobertura a nivel nacional, si no por el cumplimiento eficiente de sus deberes y la satisfacción que genera en diversos sectores de la ciudadanía. Para poner un ejemplo de aquello, mediante una publicación en la sección cartas al director en diario El Universo, Ariruma Kowii Maldonado, integrante de una comunidad indígena ecuatoriana mencionó que esta institución no cumple con el precepto de pluralismo jurídico de la Constitución y que en varias ocasiones parece ser que sus acciones son motivadas por razones políticas, como es

el caso de comunidades indígenas que piden defensa contra el Estado y estas casi siempre son ineficientes; esto claramente reduce la confiabilidad de las personas en la institución, situación preocupante ya que la legitimidad constituye una de las bases del Estado de Derecho.[283]

Otro punto en el cual la defensoría pública alega mejoría es en la creación de oficinas itinerantes, iniciativa que puede resultar beneficiosa para garantizar el acceso de las personas menos favorecidas a este servicio para cumplir con el principio constitucional de igualdad[284], pero es importante que previamente se realice una correcta planificación para reducir considerablemente los costos de transacción requeridos[285], y por qué no, los futuros problemas de agencia que pueden presentarse, y evitar que dicha planificación solo signifique un aumento en la burocracia.

Otro punto importante a abordar es el tema de la calidad del servicio prestado, según el informe de la defensoría pública correspondiente al año 2016, en dicho año el organismo procesó un total de 331 033 casos; sin embargo, como se ha logrado observar en páginas anteriores, la mejoría parce estar entendida como un aumento numérico de la atención y no en la calidad.

El mencionado informe habla sobre un mejoramiento en materia de contratación inclusiva y en asignación presupuestaria por parte del gobierno central pero estos logros consisten una mera mejora de la institución que para tener efectos reales debe ser orientada en beneficio de la ciudadanía , en efecto, si la institución mejora el servicio también lo hará, pero el informe demuestra que las condiciones del organismo son aún complejas, por ejemplo explica que el número de defensores, al cierre del año 2016 la cantidad de defensores públicos era de apenas cinco por cada cien mil habitantes, esto representa un serio problema para dar cumplimiento al principio de celeridad y eficiencia que plantea este organismo. Esto puede parecer una contradicción al expresado en líneas anteriores cuando se afirmó que un aumento en los empleados significa más burocracia, pero justamente por esto razón se insiste en realizar una asignación objetiva y justificada de tareas.

283 García Sánchez, E. (2014). 339.

284 Restrepo Echavarría, R. (2015). 148.

285 Gorbaneff, Y., Cortes, A., Torres, S. y Yepes, F.J. (2013). 335.

La importancia de no tener una burocracia descontrolada radica precisamente en evitar problemas de agencia, en este punto resulta pertinente acotar que los problemas de agencia no son provocados por el número de personas que integran una institución, sino más bien por el manejo que se da del personal.

Si el recurso humano se encuentra mal administrado se da paso al afloramiento de intereses individuales a causa del sentimiento generalizado de ineficacia del sistema[286]. Tal y como funciona hoy en día la defensoría pública en el Ecuador resultaría pertinente considerar un nuevo diseño de la institución desde sus bases legales[287].

En conclusión, al explicar basados en su informe de labores que este organismo requiere de una reestructuración nos referimos a revisar nuevamente las funcionalidades y competencias que tiene consignadas, analizar si su diseño realmente permite la cristalización de sus objetivos y de manera muy especial evaluar sus estándares de contratación y los procedimientos con los que se desenvuelve para reducir los costos de agencia y mejorar el alcance de los Derechos fundamentales de los individuos en relación con la defensa pública[288].

4. CONCLUSIONES

El desempeño de una institución se ve marcada fuertemente por la calidad del trabajo realizado por cada uno de sus elementos individuales, el modelo principal-agente es un método sencillo para la ilustración y esquematización del vínculo que se da entre los gestores y el titular a fin de identificar los factores que propician una baja productividad por parte de los primeros tales como los intereses dispares, la asimetría de información y el nivel de riesgo asumido por el agente, gracias a este modelo se ha podido constatar la existencia de costos de agencia en la defensoría pública del Ecuador que afectan directamente a los beneficios que debería obtener la ciudadanía como principal, los más importantes factores que propician costos de agencia se encuentran en la estructura misma de esta institución como es la normativa legal con la que fue constituida y con la que funciona actualmente, el diseño de su base legal se presta para la existencia de intereses in-

286 Carrillo Flórez, F. y Varela, S.D. (2013). 2.

287 Fix-Fierro, H. y Suárez Ávila, A. (2015). 163.

288 Eissa, S. (2013). 54.

dividuales dispares al objetivo de la defensoría pública y no para la alineación de los mismos a los del principal, además no cubre muchos escenarios y fomenta una asimetría de información constante, la normativa interna de este organismo de igual manera no toma en cuenta la predisposición al riesgo de sus funcionarios y provoca que estos apliquen el mínimo esfuerzo necesario, en sus labores. De esta manera para obtener un mejor desempeño de la defensoría pública es necesario aplicar varias mejoras de fondo en la institución, estas mejoras tienen que ir orientadas a crear incentivos que permitan la alineación de intereses y reduzcan la asimetría de información, la defensoría pública del Ecuador requiere de un mejoramiento real y concreto, esto significa de su eficiencia y eficacia, no únicamente un cambio entendido como un crecimiento de su cobertura nacional o la ampliación de su burocracia, se tiene que optimizar la calidad del trabajo de este órgano para así cumplir con el precepto constitucional con el que fue constituido que es el garantizar los Derechos de las personas.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anríquez Novoa, A. (2016). Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile. *Ius et Praxis*, Vol. 2. 331-372.

Beristain Gallegos, E. (2013). Flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Vol. 17. 3-29.

Carrillo Flórez, F. y Varela S.D. (2013). Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: Situación y perspectivas de una política pública en Colombia. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Vol. 56, 123-176.

Castillo, M., y Balbinotto, G. (2017). *A model of desertion. from a principal-agent theory perspective.* Cuadernos de Economía, Vol. 70. 19-47.

Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho*, Vol. 2. 131-157.

Chamizo García, H. (2011). *Las relaciones de agencia en el primer nivel de atención de la salud: desafíos para la equidad en Costa Rica*. Horizonte Sanitario, Vol. 10. 7-21.

Díaz Perilla, V. (2011). *Calidad de la ley, técnica legislativa y eficiencia administrativa*. Prolegómenos. Derechos y Valores, Vol. 14. 147-163.

Eissa, S. (2013). Redefiniendo la defensa: Posicionamiento estratégico defensivo regional. *Revista SAAP*, Vol. 7. 41-64.

Fernández Olmos, M. y Marín Vinuesa, L. (2012). *Estudio del agente-principal en la agricultura. El trimestre económico,* 304, Vol. 941-964.

Fix-Fierro, H. y Suárez Ávila, A. (2015). *Hacia una defensa pública de calidad. el nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la república mexicana*. Cuestiones Constitucionales, Vol. 32. 157-200.

Ganga Contreras, F., Quiroz Castillo, J. y Silvia A. (2015). *¿Qué hay de nuevo en la teoría de agencia* (TA)?. Prisma Social. 685-707

Ganga Contreras, F., y Félix Burotto, J. (2017). *Asimetrías de información entre agente y principal de las universidades chilenas*. Estudios Gerenciales, Vol. 28. 83-104.

García Sánchez, E. (2014). Por una democracia eficaz. Andamios. *Revista de Investigación Social,* Vol. 11. 337-339.

García. A, (2016). *El problema de agencia, ¿Un problema que nos afecta a todos?* Ingeniería Jurídica y económica.

García. A. (2016). *Análisis económico de las reglas del litigio contra el Estado en Derecho y Economía*. Una revisión de la Literatura Latinoamericana. Quito: Centro de publicaciones PUCE.

González-Chavarría, A. (2014). Análisis institucional multiagente: El problema de estructuración y agencia en la explicación de la emergencia de estructuras de gobernanza. *Revista de Estudios Sociales,* Vol. 49. 190-204.

Gorbaneff, Y., Cortes, A., Torres, S. y Yepes, F. (2013). *Teoría de costos de transacción, formas de gobernación y los incentivos en Colombia: un estudio de caso*. Estudios Gerenciales, Vol. 29. 332-338.

Marinoni, L. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis,* Vol. 18. 249-266.

Mikhail Soto, I. y Cortez, W. (2015). La corrupción en la burocracia estatal mexicana. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 17. 161-182.

Mongua, J. F. y Manrique Rodríguez, J. A. (2015). *LA Constitución y el problema de la agencia en las sociedades de capital concentrado desde el análisis económico del Derecho.* Prolegómenos. Derechos y Valores, Vol. 18. 135- 152.

Pérez Hasbun, D. y Velazco Gutiérrez, D. (2012). *Sostenibilidad y autonomía financiera en empresas de producción social.* Multiciencias, Vol. 12. 121-125.

Pino-Pinochet, P., Ponce-Donoso, M., Avilés-Palacios, C. y Vallejos-Barra, O. (2015). *Mejoramiento de la productividad en una industria maderera usando incentivo remunerativo.* Maderas. Ciencia y Tecnología, Vol. 17. 117-128.

Rabossi, M. (2014). *Los costos de agencia en instituciones universitarias: el establecimiento de un marco analítico para su evaluación.* Education Policy Analysis Archives/Archivos Analíticos de Políticas Educativas, Vol. 22. 1-18.

Restrepo Echavarría, R. (2015). El surgimiento de la democracia constitucional de Derechos y justicia en Ecuador. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Vol. 61. 133-176.

Rodríguez B. y Germán G. (2011). La firma y los costos de transacción. *Actualidad Contable Faces*, Vol. 22. 120-133.

Rumeau, D. (2012). El control civil de las políticas públicas de defensa: un modelo de análisis basado en la teoría del principal - agente. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 21. 129-151.

Secretaría de la Función Pública, Estados Unidos Mexicanos. (2015). La Modernización de la Organización Gubernamental. *Revista del CLAD Reforma y Democracia,* Vol. 63. 230- 272.

Tsuyoshi, Y. (2013). Inestabilidad financiera en América Latina desde la perspectiva Kaleckiana y Minskyana. Problemas del Desarrollo. *Revista Latinoamericana de Economía*, Vol. 44. 9-27.

Villaseñor Goyzueta, C. (2011). *Proporcionalidad y límites de los Derechos fundamentales*. Cuestiones Constitucionales, Vol. 27. 399-408.

Ximena Guzmán P. (2012). Respeto y protección del Derecho a la defensa. *Revista Boliviana de Derecho*, Vol. 13, 189-202.

Zamora Torres, A. y Navarro Chávez, J. (2014). *Eficiencia de la administración pública aduanera a través del modelo DEA*. Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política, Vol. 10. 117-135.

Base Legal

Constitución de la República del Ecuador, R.O 499, Quito, 2008.

Código Orgánico de la función judicial, R.O 544, Quito. 2009.

Decreto Ejecutivo N°563, 17 de agosto de 2007 R.O 158, Quito, 2007.

Decreto Ejecutivo NO 748, 14 de noviembre de 2007, R.O 220, Quito, 2007.

Recibido: 13/08/2017

Aceptado: 29/11/2017

René Antonio Gálvez Delgado: Investigador jurídico del Grupo SISEP.

Correo electrónico: renegalvez627@gmail.com

Breve Análisis Histórico de la Inmigración al Ecuador

A Brief Historical Analysis of Immigration to Ecuador

Dr. Alex Iván Valle Franco, PhD.
Docente Titular IAEN

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 2, 2017, pp. 377-406, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el siguiente trabajo tiene como objeto presentar una breve descripción histórica del desarrollo de los flujos migratorios hacia el Ecuador. En la primera parte del trabajo, se analizan dos cohortes históricas bien diferenciadas. Primero, se analiza la inmigración árabe, española, judía y alemana a principios y mediados del siglo XX. En segundo lugar, consta una descripción de la inmigración colombiana y peruana a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Esta parte, contiene un trabajo descriptivo, el aporte del mismo consiste en agrupar los antecedentes, desarrollo y efectos de los distintos flujos migratorios en un solo artículo, dado que los trabajos de investigación existentes son dispersos e incompletos. En la segunda parte del trabajo se analiza la actual legislación y la ciudadanía universal con el fin de reflexionar sobre la política migratoria actual, el ejercicio de Derechos en el marco de la libre movilidad humana.

PALABRAS CLAVES: inmigración, movilidad humana, política pública, ciudadanía universal, neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: the purpose of this paper is to present a brief historical description of the development of migratory flows to Ecuador. In the first part of the work, two well-differentiated historical cohorts are analyzed. First, we analyze Arab, Spanish, Jewish and German immigration at the beginning and middle of the 20th century. Second, there is a description of Colombian and Peruvian immigration at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century. This part contains a descriptive work, its contribution consists in grouping the antecedents, development and effects of the different migratory flows in a single article, given that the existing research works are

scattered and incomplete. In the second part of the paper, the current legislation and universal citizenship are analyzed in order to reflect on the current migration policy, the exercise of rights within the framework of free human mobility.

KEY WORDS: immigration, human mobility, public policy, universal citizenship, neoconstitutionalism.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de los Derechos de los inmigrantes en el Ecuador no siempre ha tenido un marco jurídico positivo para su realización. El desarrollo de normas constitucionales y legales que permiten tener los mismos Derechos que los ecuatorianos ha sido progresivo, lento y restrictivo. El reconocimiento de los Derechos de los inmigrantes se ha logrado gracias a la lucha de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con migrantes y a otras organizaciones no gubernamentales (ONG) que se enfocan en el ámbito de los Derechos humanos. La igualdad material en materia de Derechos entre nacionales y no nacionales aún no es una realidad; sin embargo, se han dado pasos importantes, y es menester trabajar en la progresividad de dichos Derechos.

En la actualidad, el tema de la migración es una cuestión prioritaria en el marco de la Constitución y las políticas públicas del Ecuador.[289] Basta con revisar la actual Constitución para encontrar novedades en materia migratoria, el principio de ciudadanía universal o el reconocimiento del Derecho a la libre movilidad de las personas sin duda muestra signos positivos en pro de la migración. Adicionalmente, se encuentra una disposición que prohíbe tratar a las personas como ilegales debido a su situación migratoria.[290] La Constitución ecuatoriana aborda el hecho migratorio en siete de sus nueve Títulos e incluye una sección específica sobre los Derechos de los migrantes dentro del Título II.

Para entender cómo se llegó a dichos avances, es necesario analizar la complejidad del proceso histórico de migración en Ecuador, en el marco de su contexto social, económico y político. Es necesario dejar en claro que la migración en el país incluye todos los posibles con-

289 Quiloango, S. (2011). *Políticas migratorias en el Ecuador*. 7.

290 Constitución de la República del Ecuador (CRE), Registro Oficial No. 449, 2008, Art. 40 y 416 lit. e.

textos migratorios.[291] Con respecto a la migración interna, el Ecuador registró los primeros flujos de migración doméstica a comienzos del siglo XX por parte de los habitantes de las diferentes regiones, la cual fue causada por la búsqueda de empleo, la colonización de la zona. Fundamentalmente se verificó la migración de las zonas rurales a las urbanas.[292] Además, tenemos la migración internacional la cual es un evento de dos vías, que afecta no solo a la salida de los ecuatorianos, sino también a la inmigración de personas con permiso de residencia temporal o permanente.

En cuanto a la emigración de los ecuatorianos, se puede decir que sus primeros registros datan de los años cincuenta y sesenta. A partir de este momento, el desarrollo de la emigración puede identificarse en función del contexto político, económico y social de cada época hasta la actualidad; cada movimiento migratorio tiene sus propias características únicas, Por ejemplo, los países de destino, los medios de emigración y las redes de migración. Desde la década de 1950 se ha registrado la emigración de ecuatorianos al exterior. Hay tres períodos que atrajeron la atención de los científicos sociales sobre este tema. En primer lugar, el análisis del rol de los pioneros en la década de 1960 y su influencia en los flujos de emigración posteriores. En segundo lugar, la emigración de los años noventa, es decir, el período de la crisis económica ecuatoriana, que evocó un éxodo alarmante. Sobre este tema no se profundizará dado que no es objeto del presente artículo.

Con relación a la inmigración, el número de inmigrantes registrados en el país hasta mediados del siglo XX fue relativamente bajo en comparación con los números registrados actualmente. En la primera mitad del siglo XX, la inmigración fue causada por las relaciones comerciales entre Ecuador y algunos países árabes y europeos, que emigraron de Libia, Siria, Palestina y España. La inmigración de judíos y alemanes a Ecuador fue menor y sucedió debido a la Segunda Guerra Mundial, pero tuvo un impacto en la Economía nacional.

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI, la inmigración de los países vecinos de Colombia y Perú aumentó, manteniéndose en menor medida en la actualidad. En el primer caso, esto fue causado

---

291 Este capítulo resume el contexto de la inmigración y la emigración en Ecuador. No analiza la migración interna, el tránsito y el refugio, ya que estos no forman parte de esta investigación.

292 Herrera, G. y Martínez, A. (2002). *Género y migración en la región sur*. 3.

principalmente por el conflicto armado interno contra la guerrilla y el narcotráfico y en el segundo por intereses económicos y de empleo. Tras la adopción de una Constitución en pro de los Derechos humanos en 2008, los Derechos humanos y la migración en su conjunto adquirieron una gran importancia en la política de exterior, interior y de inmigración del Ecuador.

En el curso de una política de puertas abiertas, el presidente Correa emitió un Decreto Ejecutivo en 2008, el cual abolió la visa de turista para entrar en Ecuador, lo que permitió una entrada sin visado para todas las visitas de corto plazo.[293] Este hecho fue posible gracias a que el presidente es capaz de redactar la política exterior dentro de los límites de su competencia, por lo que puede aprobar una serie de decretos sin el consentimiento del Parlamento.[294] La posibilidad de una entrada libre de visados condujo a un aumento de la inmigración de ciudadanos africanos, europeos, asiáticos, latinoamericanos y caribeños a Ecuador. Respecto de este hecho, es importante señalar, por una parte, que muchos de estos inmigrantes están solo temporalmente en el Ecuador, para posteriormente viajar a los Estados Unidos de América. Por otra parte, han existido hasta la actualidad varias reformas que han limitado el libre visado a ciudadanos que provienen de ciertos países, bajo argumentos de seguridad. El presente texto no desarrolla un análisis de las paradojas en la aplicación de las políticas públicas migratorias, sino que más bien hace un recorrido histórico de los flujos migratorios hacia el Ecuador. La razón de esta elección, es el hecho de que existen escasos documentos que recopilen los diversos flujos migratorios, mientras que sobre el análisis de la política pública existen abundantes informes y trabajos de migrantólogos ecuatorianos como Gina Benavides, Xavier Arcentales, Susana Garbay, Gardenia Chávez, Geoconda Herrera, entre otros.

En la primera parte de este artículo se analiza la inmigración árabe, española, judía y alemana a Ecuador, desde principios y mediados del siglo XX. La siguiente es una descripción de la inmigración colombiana y peruana a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Finalmente, se analiza la actual inmigración cubana, haitiana, china y venezolana.

293 Decreto Ejecutivo s/n, Eliminación de visas de turismo por 180 días, 20 de junio de 2008.

294 CRE, Art. 147 Nr. 5, 10.

El propósito de esta sección es principalmente reunir y completar la investigación hasta ahora escasa, incompleta e imprecisa sobre el trasfondo histórico y legal de la migración en Ecuador. También se procura trazar un panorama integral de la inmigración como país receptor. Debido a la extensión del presente trabajo, se describe muy puntualmente el contexto histórico de la diversa y variada inmigración hacia el Ecuador.

1. INMIGRACIÓN A ECUADOR

Como se indicó anteriormente, los estudios sobre procesos migratorios en Ecuador son pocos y están dispersos. No existe una institución que centralice y procese la información sobre el número de entradas y la situación migratoria de todos los que ingresan al país.[295] Las cifras presentadas por la autoridad migratoria no coinciden con otros registros de otras instituciones exactas, en especial porque no se puede registrar la inmigración irregular. Estos hechos tienen un impacto negativo en la elaboración y aplicación de políticas migratorias. La descripción de los flujos migratorios, presentada a continuación, se dividió en inmigración en la primera mitad del siglo XX y en la inmigración a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI.

1.2.1. Inmigración en la primera mitad del siglo XX

Las investigaciones académicas e institucionales de los flujos migratorios durante este período son insuficientes y, en algunos casos, no existen en absoluto. La información de este período fue desarrollada y publicada por académicos extranjeros, inmigrantes, historiadores y periodistas.

La primera ola de inmigración en Ecuador no fue intensa, los inmigrantes vinieron de los países con los que existían las relaciones económicas. La inmigración se registró como consecuencia de las guerras

295 La Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) en Ecuador registró en 2008 las fuentes bibliográficas en el área de migración para las autoridades de extranjería. Se afirmó allí que la literatura respecto a la migración no está sistematizada, sino que es dispersa y limitada. También se ha demostrado que no hay ninguna institución que centraliza adecuadamente la información sobre inmigración, por lo que los indicadores existentes son inexactos e incompletos. Informe final del convenio FLACSO-SENAMI, Ecuador, Quito 2008. 16.

y dictaduras devastadoras de algunos países de Europa y América del Sur. En este contexto, los flujos inmigratorios más importantes hacia el Ecuador son los siguientes.

1.2.1.1. La inmigración árabe

El primer registro de inmigrantes en Ecuador fue el resultado de las relaciones comerciales con los países árabes. Entre 1880 y 1890, algunas familias libanesas, sirias y palestinas fundaron empresas en el país. Su iniciativa comercial les llevó a fundar fincas para la producción de caña de azúcar, café y banano, fábricas textiles, hoteles y restaurantes. Adicionalmente, se fundaron grandes emprendimientos como el Banco "La Previsora" y el periódico de Siria, así como la Confederación de Siria o la Unión Libanesa en el Ecuador.[296] Los primeros inmigrantes árabes permanecieron sin influir políticamente o socialmente en el país y se adaptaron culturalmente a las costumbres ecuatorianas. La segunda generación logró integrarse con los ecuatorianos y fue admitida incluso en la burguesía de Quito y Guayaquil. La tercera generación perdió su lengua de origen, pero algunas de sus tradiciones fueron preservadas. Finalmente, comenzaron a formar parte de la clase política y de liderazgo del país.[297]

Los descendientes libaneses se destacaron por su presencia en el campo de la política. El primer representante político importante fue el candidato parlamentario y presidencial de la República, Assad Bucaram, en los años sesenta. Más tarde, Abdalá Bucaram (1996 y 1997) y Jamil Mahuad (1998 y 2000) se convirtieron en presidentes. Jaime Nebot fue reelegido tres veces como Alcalde de Guayaquil. A pesar del impacto "árabe" en la política y Economía ecuatoriana hasta la fecha, casi no existen estudios profundos sobre la inmigración de esta población. Hoy en día, no se registran grandes movimientos migratorios desde Palestina, Líbano o Siria, a pesar del conflicto que pesa sobre este último país.

---

296 Bejarano, I. (1997). La emigración árabe al Ecuador, en: Universidad Complutense de Madrid, *Anaquel de estudios árabes*, Vol. VIII, Madrid. 57-64.

297 Vargas, M. del P. (2008). Política y legislación inmigratoria en Colombia: el caso de los árabes, en: Hauser, Karin y Gil, Daniel (Editores), Contribuciones árabes a las identidades iberoamericanas. 182.

1.2.1.2. La inmigración española

Históricamente, los españoles fueron los primeros extranjeros en llegar al Reino de Quito (ahora Ecuador) en la época de la conquista. Su plan era subyugar a la población local y apoderarse de los metales preciosos y otros recursos naturales. Sin embargo, el impacto del asentamiento español en el continente sudamericano marcó la historia, el lenguaje, la religión, las costumbres y las tradiciones del Ecuador. El primer registro de 203 inmigrantes españoles se realizó en Ecuador el 6 de diciembre de 1534 (día de la fundación de la capital Quito). Posteriormente, no existen registros o censos fidedignos del aumento del flujo migratorio de esta población, a este hecho hay que sumarle el evento del Mestizaje (la mezcla de blancos con la población indígena).[298] La convivencia con los españoles dio lugar a conexiones y sincretismo cultural y religioso, que duró hasta el tiempo después de la independencia definitiva en 1824.[299] Incluso hasta la actualidad se observan ritos religiosos con características culturales originadas en los pueblos locales.

A finales del siglo XIX, España experimentó una grave crisis económica que afectó a los sectores artesanal y agrícola. Este hecho produjo entre 1880 y 1930 una emigración de aproximadamente 4 millones de españoles a América del Sur. En Ecuador, los españoles se establecieron en la ciudad de Guayaquil y se dedicaron al comercio interno, a la exportación de madera, tabaco, cacao y artesanías, a la importación de vino y de bienes de consumo general. Su trabajo dio al puerto de Guayaquil y al sector industrial un impulso notable.[300] Debido al gran impacto de la Guerra Civil española, que tuvo lugar entre 1936 y 1939, fue registrada la llegada de los religiosos, intelectuales y exiliados anarquistas en Quito. A fines del siglo XX, la inmigración española fue causada por la inversión en empresas petroleras y empresas de telecomunicaciones establecidas en Ecuador.[301]

---

298 Pérez Guerrero, E. (1954). *Colonización e inmigración en el Ecuador*. 41-45.

299 Pérez Guerrero, E. 41-45.

300 Porras, M. E. y Calvo-Sotelo, P. (2001). Ecuador-España: Historia y perspectivas. Estudios. 236 ss.

301 Mazares, J. (2012). Inmigración española en Quito y en Ecuador, en: Ramírez, Jacques (Editor), Ciudad-Estado, inmigrantes y políticas. Ecuador 1890-1950. 55, 77, 88.

La inmigración española en esta época ha sido significativa en Ecuador, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, lo que definió algunas características de la nación ecuatoriana.[302]

1.2.1.3. La inmigración judía

La emigración judía en el continente americano fue causada por la persecución perseguida durante la Segunda Guerra Mundial. En el caso de Ecuador, no era grande: a fines de 1941 se registraron 118 personas.[303] Muchos de ellos se encontraban en Quito y Guayaquil, otros en provincias más pequeñas como Carchi, Loja e Imbabura. Los judíos que habían optado por las grandes ciudades se dedicaron al comercio, mientras que los que eligieron las pequeñas ciudades se dedicaron a la gestión de la hacienda y las actividades agrícolas.[304] Las dificultades que este grupo había tenido eran la falta de dominio de la lengua española y los escasos recursos económicos que poseían; pero pudieron integrarse gracias a sus familiares o representantes del HICEM.[305] Los primeros años tuvieron que soportar una mala situación de vida, porque una compra de casa o apartamento era inalcanzable para los recién llegados.

1.2.1.4. La inmigración alemana

Los primeros alemanes que llegaron a Ecuador en el siglo XVII pertenecían a la orden religiosa de los jesuitas.[306] Más tarde, en 1895, el

302 Camacho, G. (2007). *Sistema de Información sobre Migración Laboral*, Quito. 29.

303 Kreuter, M.-L. (1997). *¿Dónde queda el Ecuador? Exilio en un país desconocido desde 1938 hasta fines de los años cincuenta*. 50-84.

304 Kreuter. 50-84.

305 El HICEM fue la Sociedad Judía de Inmigración Internacional Conjunta, fundada en 1927 por HIAS, JCA y "Emigdirect". El principal objetivo de esta organización era apoyar la inmigración judía en los países de origen, tránsito y destino a través del asesoramiento legal y social, lo que facilitó la integración en los nuevos países objetivo. Ver Rut, Silvia, El período 1914-1932: "La última oportunidad", en: ORT Argentina, Argentina 2009, disponible en: http://campus.ort.edu.ar/articulo/42756/el-per-odo- 1914-1932-la-ltima-oportunidad- (visitado: 13 diciembre 2012).

306 Moscoso, R. (2012). Portadores de "civilización": la inmigración alemana a Quito, en: Ramírez, Jaques (Editor), *Ciudad-Estado, inmigrantes y política: Ecuador,* 1890-1950. 123.

gobierno liberal ecuatoriano intentó atraer a inmigrantes europeos para lograr el desarrollo científico en el país. En el caso de los alemanes, se ofreció la entrega gratuita de 5 hectáreas de tierra a todas las familias que emigraron a Ecuador. Gracias a esta medida, algunos alemanes se establecieron principalmente en la ciudad de Quito. Algunos se dedicaron a la industria cervecera y a la importación y exportación de productos entre los dos países. Otros eran consultores técnicos en infraestructura y en los campos de la ciencia y la educación.[307] En 1906, 57 alemanes fueron registrados en la ciudad de Quito y en 1904 el número ascendió a cerca de 2.000, pero el censo oficial en 1950 registró 993 personas.[308] En la actualidad, la inmigración alemana hacia Ecuador es muy pequeña, en el 2010 se encontraba en el onceavo lugar según las estadísticas oficiales, mientras que 2011 no aparece entre los 15 países con un mayor número de inmigrantes en Ecuador.[309]

1.2.2. La inmigración a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI

La actual inmigración en Ecuador se ha vuelto más numerosa y variada con respecto a los países de origen de los inmigrantes. Adicionalmente, los medios tecnológicos, de comunicación y de transporte obviamente redujeron los costes asociados. Esto ha hecho que los movimientos migratorios sean dinámicos, especialmente entre los países que han llegado a un acuerdo sobre tránsito transfronterizo gratuito. El acuerdo transfronterizo en la región andina, creado por el Acuerdo de Cartagena en 1969 y el Protocolo de Quito de 1987, permitió que el movimiento migratorio regional aumentara. La Comunidad Andina de Naciones[310] tiene en cuenta la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales en la región.[311]

---

307 Moscoso. 126-137.

308 Moscoso. 140-147.

309 Arcentales, J. y Garbay, S. (2012). *En el país de la ciudadanía universal: Informe de movilidad humana Ecuador 2011*. 5, 7.

310 En 1996, el grupo andino, formado por Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia, comenzó a denominarse Comunidad Andina de Naciones (CAN). Los objetivos básicos de su educación son: la integración, la cooperación y el desarrollo de los Estados miembros. CAN, Reforma al Protocolo de Trujillo, 10 de marzo de 1996.

311 Decisión 459- CAN, Política Comunitaria para la Integración y el Desarrollo Fronterizo, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nr. 444, Perú, 1 de junio de 1999, Art. 4, disponible en: http://www.comunidadandina.org/ingles/normativa/D459e.htm (visitado: 22 noviembre 2012).

En el caso específico de Ecuador, hay dos razones adicionales que han influido en el aumento de la inmigración, especialmente de Perú y Colombia. En primer lugar, los inmigrantes son atraídos por la Economía de Ecuador, que ha utilizado el dólar como moneda desde el año 2000.[312] Luego, el aumento del número de víctimas de violencia social, perpetrado por grupos armados irregulares desde los años ochenta.[313] En 2008, el principio de ciudadanía universal y libre movilidad se reconoce con la entrada en vigor de la nueva Constitución.[314] La reciente reforma importante aumentó la inmigración de colombianos y peruanos al país. Además, atrajo a cubanos, pakistaníes, chinos, africanos y personas de otras nacionalidades, que normalmente no emigraron al Ecuador ni como destino ni como país de tránsito.[315]

---

312 Martínez, L. (2005). Migración internacional y mercado de trabajo rural en Ecuador, en: Herrera, Gioconda; Carrillo, María Cristina y Torres, Alicia (Editores), La migración ecuatoriana: transnacionalismo, redes e identidades, Quito. 166.

313 En la década de 1980, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) realizaron una importante ocupación territorial, que más tarde fue utilizada para la siembra y producción de drogas. Dicho Estado hizo que el gobierno colombiano iniciara una lucha armada más fuerte contra los grupos armados, principalmente contra las FARC. Esta política fue apoyada directamente por los Estados Unidos a través del "Plan Colombia", que promovió un endoso interno, emigración y miles de refugiados. Ver: Lauret, Sander, La frontera norte ecuatoriana ante la influencia del conflicto armado. Las sorprendentes dimensiones de la dinámica transfronteriza entre la provincia del Carchi y el departamento de Nariño, Quito 2009. 72 ss.

314 En este contexto, el Presidente Correa aprobó un reglamento que elimina la necesidad de una visa de turista para los ciudadanos de todos los países que deseen visitar Ecuador por un período máximo de 90 días. La intención es fortalecer las relaciones entre Ecuador y los países del mundo y aumentar el turismo. Ver Boletín de prensa, No. 398, Eliminación de visados de turismo para ingresar a Ecuador, Quito 11 de mayo de 2008, disponible en:
http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/pol_exterior/junio/bol398.htm (visitado el 27 de noviembre de 2012).

315 La normativa se reformó en 2010 y actualmente se solicitan visas de nacionales procedentes de los siguientes países: Afganistán, Bangladesh, Eritrea, Etiopía, Kenya, Nepal, Nigeria, Pakistán y Somalia. Según Leonardo Carrión, Secretario de Estado en materia de migración o consulados, esta medida se adoptó para evitar la entrada de personas de los países seleccionados. Ver Cancillería, El Mercurio, Cuenca 7 septiembre 2010, disponible en: http://www.elmercurio.com.ec/250790-cancilleria-exige-visa-para-gente-proveniente-de-varios-paises.html (visitado: 13 de noviembre de 2012).

A continuación se muestra el análisis de los principales movimientos migratorios que se registran actualmente.

1.2.2.1. La inmigración colombiana

Colombia es un país con una alta tasa de emigrantes. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas de Colombia,[316] se estimó en 2005 que 3.378.345 colombianos tienen residencia permanente en el exterior. En 2011, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) llamó la cifra de 3,4 millones,[317] aúnque organizaciones no gubernamentales afirman que el número supera los 8 millones.[318] Los países preferidos de los colombianos son: Estados Unidos, Venezuela, España y Ecuador.

La emigración de Colombia se debe principalmente a razones sociales, económicas y políticas. Ecuador comparte con Colombia una frontera común de 586 km, que se originó en la Gran Colombia. Las raíces culturales y sociales comunes promueven el comercio entre las provincias vecinas de Ecuador (Carchi, Esmeraldas y Sucumbíos) y los departamentos colombianos (Nariño y Putumayo).[319] El número de inmigrantes colombianos registrados en el censo nacional de Ecuador en 2001 fue de 51.556.[320] El 50 % de la población se localizó en las provin-

---

316 El 80 % de los migrantes tienen entre 18 y 44 años, de los cuales el 52% son hombres y el 48% son mujeres, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Antecedentes históricos y causa de la migración, disponible en: http://www.cancilleria.gov.co/colombia/migration/historical (visitado: 25 de noviembre de 2012).

317 Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas, OIM estima en 3,4 milliones el número de emigrantes colombianos, 13 de mayo de 2001, disponible en: http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=20943#.ULZ_imdBkYs (visitado: 27 de noviembre de 2012).

318 Esto equivaldría al 17% de la población colombiana, Plataforma Social Migratoria Hermes, Colombia 2010. 92, disponible en: http://observatoriodemigraciones.org/apc-aafiles/69e3909999fd8ec8018dd3f5d-7dbdc5d/DMigrantes_No.5.pdf (visitado el 25 de noviembre de 2012).

319 Benavides, G. y Chávez, G. (2009). Población colombiana en Ecuador: aportes para su comprensión, 9. 7 ss.

320 Se trata de un acuerdo entre los Estados Unidos (Bill Clinton) y Colombia (Andrés Pastrana) para la lucha contra el narcotráfico, firmado en 1998. Fue validado por la ratificación de Álvaro Uribe en 2002. Desde 2003, el número de personas desplazadas cerca de la frontera ha aumentado con la aplicación de la fumigación de todas

cias de Carchi, Sucumbíos, Esmeraldas y Pichincha. La aplicación del Plan Colombia en 2001 y la abolición del diálogo entre el expresidente colombiano Pastrana y las FARC aumentó el número de desplazados internos, refugiados y emigrantes.[321]

El último censo ecuatoriano en 2010 registró 93.237 colombianos en el país.[322] Las cifras oficiales no reflejan el número real de colombianos en Ecuador. Según las estimaciones del año 2007 la cifra oscura[323] asciende a 721.557 personas.[324] El número de refugiados colombianos reconocidos es de 54.243 en 2011, lo que equivale al 98 % de todos los refugiados.[325] En la actualidad, el número de solicitantes de la condición de refugiado es superior a 150.000. Gracias al apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y varias organizaciones no gubernamentales, se han llevado a cabo una serie de programas e investigaciones para apoyar a los refugiados.[326]

---

las plantaciones y la militarización en la región fronteriza. El costo original para cuatro años fue de $ 7,5 billones. Véase Veillete, Connie, Plan Colombia: Informe de progreso 22 de junio de 2005. 1, disponible en: http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL32774.pdf (visitado el 26 de noviembre de 2012).

321 Rivera, F. (2008). Corresponsabilidad colombo-ecuatoriana en migraciones y refugio, en: Ramírez, Socorro (Editor), Una mirada al Ecuador: cátedra Ecuador fronteras, vecindad e integración, Bogotá. 305 ss.

322 INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2011. 22, disponible en: http://www.inec.gob.ec/estadisticas_sociales/Ent_Sal_Int_2011/entradas/ (visitado el 23 de noviembre de 2012).

323 Este informe fue elaborado por investigadores ecuatorianos de inmigración en 2007 y posteriormente presentado al Comité de Derechos de los Trabajadores de las Naciones Unidas. Según el artículo 74 de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ICRMW), las organizaciones de la sociedad civil pueden presentar un informe sobre la situación de los Derechos de los migrantes. Véase ICRMW, Resolución 45/158 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 18 de diciembre de 1990, que entró en vigencia el 1 de julio de 2003.

324 Según INEC y DNM, 603.729 colombianos tomaron la decisión de permanecer entre 2002 y 2008. Benavides y Chávez (nota 33). 62.

325 Arcentales y Garbay (nota. 23). 14.

326 Véase la Comisión de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Agencia Ecuador, El ACNUR en Ecuador, disponible en: http://www.acnur.org/t3/donde-trabaja/america/Ecuador/ (visitado el 27 de noviembre 2012).

La población colombiana que llegó a Ecuador como inmigrante o refugiado se estableció no solo en la región fronteriza, sino también en todas las demás provincias del país, concentrándose el mayor número en Pichincha, Guayas y Santo Domingo de los Tsáchilas. Los inmigrantes colombianos en Ecuador se dedicaron al comercio formal o informal, agricultura y trabajo doméstico. Desafortunadamente, muchos inmigrantes sin documentos de identidad son explotados en el trabajo o explotados sexualmente.[327]

El alcance de la inmigración colombiana ha generado el interés del gobierno, la sociedad civil y las universidades. El alcance de la inmigración colombiana ha generado el interés del gobierno, la sociedad civil y las universidades para investigar la dinámica,[328] con el fin de iniciar proyectos vinculados al contexto migratorio.[329] Las negociaciones entre la sociedad civil y el gobierno han llevado a algunas decisiones y acuerdos en los campos de educación, salud y trabajo que favorecen a la población colombiana en Ecuador. En 2010 entró en vigencia el Estatuto Migratorio Permanente entre Ecuador y Colombia, fijando el tiempo de residencia, los deberes, los Derechos civiles y el tipo de trabajo que los colombianos pueden realizar en Ecuador (y viceversa).[330] Sin embargo, la afluencia masiva de inmigrantes colombianos ha trascendido la apertura de la actual política migratoria y ha causado xenofobia[331] por la noticia de los medios de comunicación que vinculan a los colombianos con las redes de delincuencia transnacional.[332]

327 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), Una presencia invisible, Quito 2008. 53 ss.

328 Ver Ortiz, D. (2012). El rol de las fronteras en la integración regional: caso frontera andina, colombo-ecuatoriana. 63 ss.

329 Según el Instituto Ecuatoriano de Cooperación Internacional (INECI) y el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador (MREE), se realizaron 1.175 proyectos en 2005. Entre 2003 y 2009, la cooperación internacional invirtió más de 90 millones de dólares en proyectos de desarrollo y ayuda humanitaria. Véase Benavides y Chávez (nota 33). 195.

330 MREE (2010). Estatuto Migratorio Permanente entre Ecuador y Colombia, R.O. No. 187 de 6 de mayo de 2010.

331 Una encuesta nacional en 2006 mostró que el 74% de los ecuatorianos están en contra de la inmigración de colombianos, disponible en: http://sitemason.vanderbilt.edu/files/kt07HG/2006%20Ecuador%20Diario%20La%20Hora%2074%20de%20la%20poblacion%20contra%20la%20inmigracion%20colombiana%20Septiembre%204.pdf (visitado el día 26. noviembre de 2012).

332 Ver Valle Franco, A. (2008). Análisis del marco legal de la trata de personas en Ecuador, en: Barragán, Silvia (Editor), *Derechos humanos y trata de personas*. 27- 48.

Estos hechos han hecho más difícil la coexistencia y la integración de los inmigrantes colombianos en Ecuador.

1.2.2.2. La inmigración peruana

El Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, confirma que entre 1990 y 2011 se registraron 2,4 millones de emigrantes, lo que representa el 8 % de la población total del Perú.[333] La razón principal de la emigración es la Economía, es decir, desempleo, desigualdad social y bajos salarios. Los principales países elegidos por los peruanos son: Estados Unidos, Argentina, Venezuela, España y Ecuador.[334]

La inmigración de los peruanos en Ecuador aumentó desde la firma del acuerdo de paz de 1998[335] y la conversión de la moneda al dólar. La Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Universidad de FLACSO) estima que el número de peruanos que llegaron a Ecuador en 2001 y no regresaron a Perú fue de 50.548. Se estimó que el número de peruanos en Ecuador ascendía a 520.388 a fines de 2007.[336]

Históricamente, la inmigración peruana es la segunda más alta en Ecuador después de la colombiana. Las cifras oficiales del censo de 2010 muestran que la población peruana registrada en Ecuador con 16.737 personas es la tercera más alta de los migrantes en Ecuador.[337]

333 Ver Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú, Estadísticas de emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros 1990-2009, disponible en: http://www.inei.gob.pe/BiblioINEIPub/BancoPub/Est/Lib0928/Libro.pdf (visitado el 27 de noviembre de 2012).

334 Ver Rueda, Carlos y De los Ríos (2005) ¿Juan, Por qué migran los peruanos al Exterior?, Ponencia presentada en el Seminario “Redes de Conocimiento para el Empleo”, Buenos Aires. 8-10.

335 Se resolvió el conflicto armado entre Ecuador y Perú sobre disputas territoriales. Las controversias más importantes tuvieron lugar en los años 1941, 1981 y 1995. El tratado de paz, negociado entre el presidente ecuatoriano Jamil Mahuad y el presidente peruano Alberto Fujimori, fue firmado en 1998. López Contreras, J. (2004). Ecuador-Perú: Antagonismo, negociación e intereses nacionales. 109 ss.

336 Ramos, M. P. (2010). Migración peruana a Ecuador: ¿en espera de una regulación definitiva?, Boletín de coyuntura de información sobre migraciones andinas SIMA No. 1. 1 ss.

337 Arcentales y Garbay (nota. 23). 4 ss.

La parte principal de los peruanos en el Ecuador se encuentra en las provincias vecinas de El Oro, Loja, Azuay y Cañar, que se encuentran cerca de la frontera sur.[338] Los peruanos se dedican a la agricultura, el trabajo doméstico, la construcción y el comercio formal e informal.[339] La pobreza de muchos inmigrantes peruanos les ha hecho, particularmente en la frontera sur del país, víctimas de la trata de personas, que tiene como objetivo la explotación sexual o laboral.[340] En 2011, el Estatuto Migratorio Permanente entró en vigor entre Ecuador y Perú. Este acuerdo regula la situación de los ciudadanos peruanos indocumentados en Ecuador y viceversa.[341]

1.2.2.3. La inmigración cubana y haitiana

La emigración desde el Caribe a Ecuador es relativamente nueva y fue causada por la abolición de la normativa de visados en 2008. Existen antecedentes para la migración entre Cuba y Ecuador, causada por acuerdos de cooperación en los campos del deporte, la salud, la tecnología, la educación y el turismo.[342]

El primer movimiento de inmigración cubano a Ecuador fue registrado en los años 70, causado por acontecimientos políticos. En este grupo están los autoproclamados disidentes del régimen cubano que huyeron por la persecución política ante el sistema comunista.[343] Salir de Cuba no es fácil porque todo cubano que quiere viajar al extranjero

338 Pineda, L. (2005). Apuntes sobre movimientos migratorios en la Cuenca binacional Catamayo-Chira, Quito 2003. 7 ss., Disponible en: http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/articulos/luis%20pineda. htm (visitado el 5 de diciembre de 2012).

339 Benavides, Gina, Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Quito 2007. 31 ss.

340 CNNA (nota. 41). 74 ss.

341 MREE, Estatuto Migratorio Permanente entre Ecuador y Perú, R.O. Nr. 315 de 8 de noviembre de 2010.

342 Pérez Ramírez, G. (2006). Entrevista de Cuba, Ecuador, Minga Informativa de Movimientos Sociales, disponible en: http://movimientos.org/apcaribe/show_text.php3?key=6332 (visitado: 5 de diciembre de 2012).

343 Ver Entrevista a Fidel Chiriboga presidente de la Coordinadora Ecuatoriana de Solidaridad con Cuba, Revista Vistazo, 2009, disponible en: http://www.vistazo.com/impresa/pais/?id=2693 (visitado el 5 de diciembre de 2012).

necesita un permiso especial de entrada o salida. Es decir, que se restringe la libertad de movimiento.[344] Los cubanos que viajan fuera del país deben regresar en once meses. Si este no es el caso, pierden sus Derechos a la nacionalidad.[345]

La mayoría de los inmigrantes cubanos deciden estar temporalmente en Ecuador, ya que posteriormente viajan a su país de destino, que es Estados Unidos. La situación de los cubanos que decidieron quedarse en Ecuador se normalizó después de 2008 por los matrimonios con los ecuatorianos, así muchos recibieron una visa.[346] También hay solicitantes de refugio, pero es un número menor que en el caso de los colombianos. Según la autoridad de inmigración ecuatoriana, 1.481 ciudadanos cubanos fueron registrados en 2002 en la primera oleada. El número subió a 4.713 en 2007, alcanzando su máximo en 2009 con 27.114 personas.[347] Muchos cubanos se dedicaron a trabajar en el comercio formal e informal en Ecuador.

Gracias a un proceso de reconocimiento de títulos académicos, hay un grupo de cubanos capacitados que trabajan por cuenta propia o bajo dependencia.[348] La integración de los cubanos no es fácil en Ecuador, ya que existen conflictos culturales con la población ecuatoriana. Además, la burocracia institucional en el campo de la migración ha perjudicado los Derechos de los cubanos. Otro problema es el sensacionalismo de los medios de comunicación, que conecta a los cubanos con el crimen. Este hecho ha causado xenofobia y algunas otras medidas administrativas y policiales, que en la práctica restringieron la libertad de circulación de los cubanos.[349]

No existen estudios sobre la población haitiana que contengan información cuantitativa y cualitativa y puedan proporcionar información sobre la realidad completa de este grupo de migrantes. En 2010,

---

344 Arcentales, J. (2011). Informe temático No. 2. Dirección Nacional de Promoción de los Derechos humanos y la naturaleza, Quito. 12.

345 Reglamento de la Ley de Migración Cubana No. 1312 de 20 septiembre de 1976, Art. 132-135.

346 Valle Franco, A. (2012). Discursos institucionales frente a la migración cubana en Ecuador: ¿ausencia de política o securitización?, Tesis de Mestría en Sociología, FLACSO sede Ecuador. 10.

347 DNM, Registros 2007 a 2009.

348 Valle Franco (nota. 60). 81.

349 Valle Franco, ibíd. 22.

el gobierno ecuatoriano decidió normalizar la situación de los ciudadanos haitianos que viven en Ecuador sin costo y por un período de cinco años, como medida del apoyo al pueblo haitiano que sufrió un severo terremoto que devastó su país y causó una grave situación social y económica.[350] Un informe sobre la movilidad humana en 2011 revela que la población haitiana eligió a Ecuador como país de tránsito, ya que su objetivo es llegar a Chile, Venezuela o Brasil. Una prueba de ello es que el número de haitianos que decidieron quedarse en Ecuador que ascendió a solo 25 en 2011.[351]

1.2.2.4. La inmigración china

La inmigración china a Ecuador se registra en dos períodos. El primer movimiento migratorio se desencadenó a mediados del siglo XIX, pero lamentablemente no hubo investigaciones académicas. Se supone que las relaciones comerciales entre los dos países comenzaron por un empresario ecuatoriano llamado Luis Bonnin Cuadrado. Bonnin condujo un barco a Macao (China) y trajo algunos trabajadores chinos que más tarde se instalaron en la ciudad de Guayaquil y se dedicaron al comercio.[352] Según Ramírez, la inmigración china durante este período fue baja debido a un decreto presidencial de 1899 prohibiendo la entrada de chinos al Ecuador.[353] Dicha prohibición duró hasta agosto de 1944, hasta que el presidente de la República, José María Velasco Ibarra, emitió una nueva ley que permitía el retorno de los chinos al Ecuador. La decisión se tomó sobre la base de factores humanitarios relacionados con la invasión japonesa de China.[354] A mediados de la década de 1940, el número de chinos en Ecuador ascendió a 3.155.[355] El 2 de enero de 1980, la República Popular China y Ecuador estable-

---

350 Disposición Transitoria Primera de la “Ley Derogatoria del Artículo 38 de la Ley de Migración; y de exoneración económico tributaria a favor de los ciudadanos haitianos que ingresaron al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010 y que se hallan actualmente en situación irregular en el territorio ecuatoriano”, R.O.S. Nr. 175 de 29 de abril de 2010.

351 Arcentales y Garbay (nota. 23). 28.

352 Fierro, J. J. (2010). *El Fenómeno Migratorio Asiático a Ecuador: el caso chino,* Tesis de Maestría, FLACSO sede Ecuador. 41.

353 Ramírez, J. (2012). Introducción. Del Aperturismo Segmentado al Control Migratorio, in: Ramírez, Jaques (Editor), C*iudad-Estado, inmigrantes y política: Ecuador,* 1890-1950. 19.

354 Ayala, E. (2008). Resumen de la historia de Ecuador. 43 ss.

355 Fierro (nota. 65). 44.

cieron relaciones diplomáticas. Se estima que 16.000 chinos vivieron en Ecuador a principios de esta década.[356]

El movimiento migratorio actual comenzó con la eliminación de las visas de turismo. El mayor número de entradas de chinos a Ecuador fue en 2008 con 14.468 personas, de las cuales 7.144 personas se regresaron.[357] En 2010, la migración china ascendió a 608 personas y aumentó a 1.377 en 2011. Según el informe de 2011 sobre la movilidad humana, el aumento de los inmigrantes chinos en Ecuador se debe al aumento de las relaciones comerciales entre los dos países.[358] Las inversiones chinas ascienden a 5.000 millones de dólares, divididas en áreas como el petróleo, la minería, las comunicaciones, la energía hidroeléctrica y el transporte.[359]

1.2.2.5. Los antiguos y nuevos inmigrantes

Respecto de los antiguos inmigrantes hacia el Ecuador, se destaca el flujo de españoles a causa de la crisis económica del 2007. Los movimientos migratorios hacia el Ecuador de este grupo poblacional se han intensificado y han provocado diversas formas de cooperación técnica y social, así como leyes binacionales en materia de migración. Hasta el 2010 la cifra de españoles que llegó al Ecuador fue de 31.876, en el 2016 este número aumentó a 49.292. La mayor parte de esta migración se puede catalogar de calificada, ya que muchos de ellos son profesionales en áreas de la medicina, educación, docencia, entre otras.[360] Un dato interesante, es el hecho que el 69,6 % de los 49.292 españoles, son inmigrantes ecuatorianos con residencia española, que han decidido regresar al país de origen, según lo refieren las estadísticas del padrón de españoles residentes en el extranjero del Instituto de Estadística INE.

---

356 Fierro, ibíd. 45.

357 DNM, Ingreso de extranjeros 2008.

358 Arcentales y Garbay (nota. 23). 8.

359 Véase Rodríguez, José, Entrevista al embajador chino en Ecuador Cai Runguo, Ecuador Lidera la inversión china en latinoamérica, diario "Hoy", 2010, disponible en: http://www.hoy.com.ec/noticias-Ecuador/Ecuador-lidera- inversion-china-en-latinoamerica-431041.html (visitado el 10 de diciembre de 2012).

360 Diario El Comercio, 11 de octubre de 2014, tomado de: http://www.elcomercio.com/actualidad/Ecuador-destino-apetecido-espanoles-buscan.html. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. ElComercio.com

Sobre las nuevas migraciones, existe un hecho que marcó el inicio de los nuevos flujos migratorios hacia el Ecuador, este es la eliminación de los visados turísticos en 2008. Los nuevos flujos migratorios provienen de regiones y países que habitualmente no migraban a Ecuador y en algunos casos necesitaban visas para entrar. Es notable la diversidad de los países de origen de los nuevos inmigrantes, especialmente de Asia y África. Los ciudadanos de los países africanos que llegaron a Ecuador en 2008 son principalmente de Eritrea, Nigeria, Somalia, Camerún, Kenia y Etiopía, mientras que los inmigrantes asiáticos están registrados en los siguientes países: Afganistán, Bangladés, Nepal y Pakistán. En la actualidad no existen estudios cuantitativos o cualitativos sobre estos nuevos movimientos migratorios, lo que dificulta su descripción e investigación.[361]

En septiembre de 2010, nueve de los diez países mencionados anteriormente recibieron una visa, con la excepción de Camerún.[362] Según las autoridades, esta decisión se adoptó contra el tráfico ilícito de migrantes.[363] La llegada de ciudadanos de estos países no ha desaparecido en los últimos dos años, pero ha disminuido notablemente.

Por último, es necesario señalar que el número de inmigrantes de los EE.UU. En Ecuador hasta 2010 ascendió a casi 5.000 personas, sin embargo, según cancillería en el 2015 habitarían solo en Cuenca cerca de 8.000.[364] A pesar de la importancia del número de inmigrantes registrados, estos flujos han permanecido desapercibidos, tanto en el ámbito social como en el académico, por lo que no existen investigaciones cuantitativas o cualitativas. El escaso número de consultas sobre inmigración al Ecuador, en particular sobre los nuevos movimientos migratorios, tiene un efecto sobre la creación e implementación de una política pública adecuada en el contexto migratorio.

361 Informe final del convenio FLACSO-SENAMI (nota. 8).

362 MREE, Acuerdo Ministerial s/n de 3 de septiembre de 2010.

363 Véase entrevista a Leonardo Carrión, subsecretario de asuntos migratorios y consulares, en Ecuador. Consulta de requerimientos para el ingreso de 9 países, Ecuador inmediato, disponible en: http://www.Ecuadornmediato.com/Noticias/news_user_view/Ecuador_establece_visa_como_requisito_para_el_ingreso_de_9_paises--133409, (visitado el 11 diciembre, 2012).

364 Arcentales y Garbay (nota. 23). 10 ss.

2. EL DERECHO A MIGRAR Y LA CIUDADANÍA UNIVERSAL EN EL ECUADOR

A nivel internacional el Derecho a migrar no es completo porque no incluye de forma directa el Derecho a inmigrar. La aprobación o creación de una visa universal no es posible, esto provoca una brecha en la libertad de la esfera individual. Hoy en día, el pasaporte y la visa otorgada por el país de recepción son condiciones indispensables para la entrada de inmigrantes. Estas limitaciones del Derecho a migrar se aplicaron en escasa forma en los Estados liberales antes de la primera guerra mundial. Antes de 1914 no había tasa legal o sin restricciones importantes sobre los movimientos de migración externa de personas. En el siglo XIX, por ejemplo, más de 60 millones de personas de Europa habían emigrado a América sin gran dificultad. Después de la primera guerra mundial, las políticas de inmigración de los países desarrollados se han convertido cada vez más en políticas restrictivas. En este sentido, el Derecho a migrar fue parcialmente limitado a la normativa de migración estipulada en el Derecho internacional. En primer término, garantizó únicamente el Derecho a la emigración, pero no el Derecho correspondiente en materia de inmigración.

Luego, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político como la Convención Americana de Derechos Humanos – basan el Derecho a migrar con relación al principio de la soberanía estatal- se refieren a que el ejercicio de la inmigración es un Derecho de las personas pero que depende de la normativa interna de cada país para regular su entrada y permanencia. Por lo tanto, cada país puede tomar la decisión soberana de regular la entrada y la estancia mínima o máxima de los inmigrantes. Así los Estados establecen las restricciones para la entrada de inmigrantes basándose en varios parámetros que restringen el Derecho a migrar. De esta forma, los Estados son los jueces de los inmigrantes y hacen valoraciones relativas al origen de procedencia o al riesgo de dichos migrantes. Esta decisión puede ser arbitraria, porque no todos los parámetros de evaluación aplicables son objetivos, tenemos, por ejemplo, el caso de la moral pública o el orden público como elementos de decisión. Otros parámetros restrictivos de una política migratoria se basan en la protección interna y externa de los Estados de acogida. En este contexto los Estados argumentan proteger los intereses colectivos de la sociedad de acogida a través de una política de seguridad de la migración sobre la base de seguridad (interna/externa) cuyo fin es la preservación de la uniformidad cultural y la conservación de las normas sociales mínimas de la sociedad receptora.

Todos los conceptos liberales y de normatividad respecto de la migración calificada y securitista se aplicaron por larga data y el Derecho ecuatoriano no fue la excepción, en especial, en lo relativo al control migratorio y a las políticas de seguridad interna y externa. Sin embargo, a partir del 2008 la política inmigratoria adquiere un enfoque humanista, con la aprobación de una Constitución con contenidos en materia de Derechos humanos. El Artículo 40 de la Constitución ecuatoriana incluyó expresamente el Derecho a migrar y la prohibición de tratar a una persona como ilegal debido a su situación migratoria irregular.

En la misma línea, el artículo 416.6 de la Constitución ecuatoriana propugna:

> ...el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente norte-sur.

Adicionalmente en el artículo 416.7 se establece como principio teleológico de las relaciones internacionales, el respeto de los Derechos de los migrantes y el cumplimiento de todas las obligaciones inherentes a los instrumentos y convenciones internacionales de Derechos humanos. Este artículo refleja las causas de la ciudadanía posnacional y la ciudadanía cosmopolita, que se basan en una extensión gradual de los Derechos de los migrantes a través de políticas de Derechos humanos. Dichas políticas pueden ser verificadas en la práctica por la extensión de los Derechos políticos como el Derecho al voto activo para los extranjeros residentes en el país por un mínimo de cinco años. También se puede observar la inclusión de los estudiantes no nacionales en el sistema de educación ecuatoriano a través de antiguos Acuerdos Ministeriales que facilitaron la convalidación de títulos o el examen de ingreso, especialmente en zonas de frontera y que hoy día se han recogido en la Ley Orgánica de Educación. Desde mi punto de vista, la ciudadanía universal debe ser vista no como un Derecho de aplicación directa e inmediata, más aún sino parte de un consenso mundial. Tal es así, que el mismo Ecuador no ha liberado sus fronteras de forma total. La ciudadanía universal en la legislación ecuatoriana debe tomarse como un principio con alto grado de abstracción que genera Derechos a través de la ampliación progresiva de la ciudadanía material de no nacionales residentes en el país. Este hecho se verifica con la expansión del Derecho activo al voto de todos los residentes que vivan en el Ecuador durante cinco años (Art. 63 CRE) y adicionalmente con la posibilidad de ocupar cargos públicos.

Por lo anotado, desde un concepto libertario, Rainer Bauböck[365] entiende que todas las ideologías y mandatos que son útiles para la expansión de las libertades individuales y que a la vez limitan los poderes de gobierno deben observarse y ejecutarse. Así el marco de las ideologías libertarias es el reconocimiento de los Derechos de los inmigrantes en los países anfitriones - sin negar su origen - como una expresión política de pertenencia. De esta manera, un Estado liberal podría permitir la extensión de los Derechos mediante la aplicación de una amplia ciudadanía.

2.1. Análisis sobre el Código Orgánico de Movilidad Humana y la política migratoria actual

A pesar del avance formal de la norma constitucional en materia de migración y la extensión de algunos Derechos políticos, civiles o culturales en determinadas áreas de la vida cotidiana de los no nacionales en el Ecuador, el enfoque dominante de la seguridad y de la limitación al Derecho de movilidad humana pervive. Esta permanencia que va más allá del habitus positivista normativo, se verifica en la vigencia de la actual Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante LOHMU), la cual contiene rezagos de la larga historia de políticas migratorias que responden al control y no al garantismo.

Entre los aspectos más visibles de carácter securitista se evidencia la limitación al Derecho a migrar a través de visas temporales o permanentes. Además, está la solicitud de antecedentes penales como requisito de ingreso o para aplicar a las diferentes categorías migratorias. A lo largo de toda la norma se reitera la siguiente disposición: “no ser considerado como una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado ecuatoriano” (Ver Artículo, Artículo 58, Artículo 64, numeral 3 y 4, párrafo al final). Aquí se aplican los temas de seguridad interna y externa analizados en los epígrafes anteriores.

La LOMHU prioriza la migración calificada y pone de manifiesto una migración selectiva, es decir, se prefiere a un sujeto migrante que cumpla con ciertas características respecto a su condición migrato-

365 Bauböck, R. (2006). Citizenship and Migration – Concepts and Controversies. En Bauböck, Rainer (Editor), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*. Amsterdam: Amsterdam University Press. 5-16.

ria, económica y de origen (ver capítulo ciudadanía sudamericana). La mayor parte de toda la tipología que se considera en las visas se refiere a profesionales, técnicos y científicos.

La inmigración irregular se desconoce, no se considera como una categoría o posibilidad, lo cual en la práctica sabemos se va a presentar. En este sentido, no se establecen alternativas de regularización para esta población. Existe un vacío legal sobre el tratamiento de los no nacionales en "condición irregular" y por eso este ítem quedaría a la interpretación de las autoridades migratorias. En definitiva, no se compadece con la definición constitucional del Art. 40 Inc. 1 de nuestra Constitución "No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria".

En materia de protección especial por parte del Estado serán consideradas únicamente en caso de razones humanitarias, solo se reconoce a migrantes ambientales. Se enfatiza que se otorgará esta visa solo si no son considerados una amenaza o riesgo para la seguridad interna. Claramente se evidencia una limitación para la concesión de este documento.

En todos los casos, no existe la reciprocidad o doble vía en el ejercicio de Derechos respecto a las diferentes poblaciones en movilidad humana, lo que se remarca en la población extranjera. El amparo de los Derechos de la norma, no guarda relación o la misma proporción entre los Derechos de los emigrantes e inmigrantes. No hay un abordaje integral sobre el ejercicio de Derechos. No se menciona al Derecho a la educación, se entendería que la integración es vista como asimilación. En definitiva, se coloca una sobrecarga de responsabilidad a la población extranjera en el Ecuador con el fin de que pueda ejercer sus Derechos, a partir de obtener una condición migratoria regularizada.

3. CONCLUSIONES

Los flujos migratorios hacia Ecuador no son nuevos, ni provienen de un solo país o región. Este hecho rompe con el esquema de migraciones tradicionales norte-sur.

La inmigración hacia el Ecuador ha tenido una larga historia securitista y de control de fronteras basada en la soberanía, el bien común y

el orden interno. Este hecho respondió al marco constitucional vigente a cada época y a los contextos jurídico-políticos a nivel internacional.

La nueva normativa constitucional en materia de migración sin duda ha resquebrajado los paradigmas tradicionales de política migratoria e impone nuevos retos sobre la libre movilidad humana y la ciudadanía universal. Sin embargo, de ello, la cultura jurídico-policial se mantiene en las prácticas y contraría los preceptos constitucionales.

Las prácticas migratorias por parte de autoridades que han sido formadas en el paradigma securitista difícilmente pueden cambiar si no existe una política pública de sensibilización.

El Código Orgánico de Movilidad Humana no constituye la solución a los problemas en materia migratoria, más bien en temas puntuales causa desazón y hasta conflictos normativos debido a ciertas lagunas y a varias contradicciones con las disposiciones constitucionales. Por esto, es necesario que su reglamentación se armonice a la Constitución y que responda a las necesidades sociales, jurídicas y políticas que envuelven los flujos inmigratorios en Ecuador.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arcentales, J. (2011). *Informe temático No. 2. Dirección Nacional de Promoción de los Derechos humanos y la naturaleza*. Quito: Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención Internacional para la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Arcentales, J. y Garbay, S. (2011). *En el país de la ciudadanía universal: Informe de movilidad humana Ecuador 2011*. Quito: Efecto Estudio Creativo.

Ayala, E. (2008). *Resumen de historia de Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Bauböck, R. (2006). Citizenship and Migration – Concepts and Controversies. En Bauböck, Rainer (Editor), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation* (5-16). Amsterdam: Amsterdam University Press.

Bejarano, I. (1997). La emigración árabe al Ecuador. En: U. C. Madrid, *Anaquel de estudios árabes* Vol. VIII. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 57-70.

Benavides, G. (2007). *Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la convención internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. Quito: Coalición Interinstitucional para el seguimiento y difusión de la Convención Internacional para la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Benavides, G., y Chávez, G. (2009). *Población colombiana en Ecuador: aportes para su comprensión*. Quito: Universidad Andina Simón Bolivar.

Camacho, G. (2007). *Sistema de información sobre migración laboral.* Quito: Observatorio Laboral Ecuatoriano MTE–UNFPA.

Fierro, J. J. (2010). *El Fenómeno Migratorio Asiático a Ecuador: el caso chino*. Quito: FLACSO sede Ecuador (Tesis).

Gratton, B. (2005). Ecuador en la historia de la migración internacional ¿Modelo o aberración?. En: Herrera, G., Carrillo, M.C. y Torres, A. *La migración ecuatoriana transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 31-55.

Herrera, G. y Martínez, A. (2002). *Género y migración en la región sur.* Quito: FLACSO.

Kreuter, M.L. (1997). *¿Dónde queda el Ecuador? Exilio en un país desconocido desde 1938 hasta fines de los años cincuenta*. Quito: Abya-Yala.

Lauret, S. (2009). *La frontera norte ecuatoriana ante la influencia del conflicto armado. Las sorprendentes dimensiones de la dinámica transfronteriza entre la provincia del Carchi y el departamento de Nariño.* Quito: Abya-Yala.

López Contreras, J. (2008). *Ecuador-Perú: Antagonismo, negociación e intereses nacionales*. Quito: Abya-Yala.

Martínez, L. (2005). Migración internacional y mercado de trabajo rural en Ecuador. En: Herrera, G., Carrillo, M.C. y Torres, A., *La migración ecuatoriana: transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 147-168.

Mazares, J. (2012). *Inmigración española en Quito y en Ecuador.* En: J. Ramírez, Inmigrantes y politicas: Ecuador 1890-1950. Quito: Instituto de la Ciudad, 54-96.

Miles, A. (1997). The High Cost of Leaving: Illegal Emigration from Cuenca, Ecuador and Family Separation. En: A. Miles, y H. Buechler, *Andean Perspectives*. Washington DC: Society for Latin American Publication, 55-74.

Moscoso, R. (2012). Portadores de "civilización": la inmigración alemana a Quito. En: Ramírez, J. *Ciudad-Estado, inmigrantes y política: Ecuador*, 1890-1950. Quito: IAEN- Instituto de la Ciudad, 121-168.

Ortiz, D. (2012). *El rol de las fronteras en la integración regional: caso frontera andina, colombo-ecuatoriana*. Quito: UASB.

Pineda, L. (2003). Apuntes sobre movimientos migratorios en la Cuenca binacional Catamayo-Chira. R*evista Aportes Andinos* No. 7, 1-8.

Porras, M. E. y Calvo-Sotelo, P. (2001). *Ecuador-España: Historia y perspectivas. Estudios*. Quito: Embajada de España en el Ecuador. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

Quiloango, S. (2011). *Políticas migratorias en el Ecuador.* Quito: ILDIS-FES.

Ramírez, J. (2012). Introducción. Del Aperturismo Segmentado al Control Migratorio. En: Ramírez, J. *Ciudad-Estado, inmigrantes y política: Ecuador*, 1890-1950. Quito: IAEN – Instituto de la Ciudad, 15-52.

Ramos, M. P. (2010). Migración peruana a Ecuador: ¿en espera de una regulación definitiva? *Boletín de coyuntura de información sobre migraciones andinas SIMA* No. 1, 1-4.

Rivera, F. (2008). Corresponsabilidad colombo-ecuatoriana en migraciones y refugio. En: Ramírez, S. *Una mirada al Ecuador: cátedra Ecuador fronteras, vecindad e integración*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 303-318.

Rueda, C. y De los Ríos, J. (2005). *¿Por qué migran los peruanos al Exterior?* Lima.

Rut, S. (2009). El período 1914-1932: *La última oportunidad*. Visitado: 13 de diciembre de 2012 en Campus Virtual de ORT Argentina: http://campus.ort.edu.ar/articulo/42756/el-per-odo-1914-1932-la-ltima-oportunidad-.

Valle Franco, A. (2008a). Análisis del marco legal de la trata de personas en Ecuador. En: S. Barragán, *Derechos humanos y trata de personas*. Quito: Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, 24-47.

Valle Franco, A. (2012b). *Discursos institucionales frente a la migración cubana en Ecuador: ausencia de política o securitización?* Tesis de Maestría en Sociología. Quito: FLACSO sede Ecuador.

Vargas, M. (2008). Política y legislación inmigratoria en Colombia: el caso de los árabes. En: Hauser, K. y Gil, D. C*ontribuciones árabes a las identidades iberoamericanas*. Madrid: Rotosa, 155-190.

Veillete, C. (2005). *Plan Colombia: A Progress Repor*. Visitado: 26 de noviembre de 2012 en CRS Report for Congress: http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL32774.pdf.

Normas y otras fuentes:

BCE, Variación anual del índice ponderado de precios al consumidor, inflación de fondo, Ochenta años de información estadística, Quito 2002. 213.

Cancillería, El Mercurio, Cuenca 7 septiembre 2010, disponible en: http://www.elmercurio.com.ec/250790-cancilleria-exige-visa-para-gente-proveniente-de -varios-paises.html (visitado: 13 de noviembre de 2012).

Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas, OIM estima en 3,4 millones el número de emigrantes colombianos, 13 de mayo de 2001, disponible en: http://www.un.org/spanish/News/story.asp?-NewsID=20943#.ULZ_imdBkYs (visitado: 27 de noviembre de 2012).

Comisión de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Agencia Ecuador, El ACNUR en Ecuador, disponible en: http://www.acnur.org/t3/donde-trabaja/america/Ecuador/ (visitado el 27 de noviembre 2012).

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), Una presencia invisible, Quito 2008. 53 ss.

Constitución de la República del Ecuador (CRE), Registro Oficial No. 449, 2008.

Decreto Ejecutivo s/n, Eliminación de visas de turismo por 180 días, 20 de junio de 2008.

Disposición Transitoria Primera de la "Ley Derogatoria del Artículo 38 de la Ley de Migración; y de exoneración económico-tributaria a favor de los ciudadanos haitianos que ingresaron al Ecuador hasta el 31 de enero de 2010 y que se hallan actualmente en situación irregular en el territorio ecuatoriano", R.O.S. No. 175 de 29 de abril de 2010.

DNM, Ingreso de extranjeros 2008. Registros 2007 a 2009.

Entrevista a Fidel Chiriboga presidente de la Coordinadora Ecuatoriana de Solidaridad con Cuba, Revista Vistazo, 2009, disponible en: http://www.vistazo.com/impresa/pais/?id=2693 (visitado el 5 de diciembre de 2012).

Entrevista a Leonardo Carrión, subsecretario de asuntos migratorios y consulares, en Ecuador. Consulta de requerimientos para el ingreso de 9 países, Ecuador inmediato, disponible en: http://www.Ecuadornmediato.com/Noticias/news_user_view/Ecuador_establece_visa_como_requisito_para_el_ingreso_de_9_paises--133409, (visitado el 11 diciembre, 2012).

Esto equivaldría al 17% de la población colombiana, Plataforma Social Migratoria Hermes, Colombia 2010. 92, disponible en: http://observatoriodemigraciones.org/apc-aafiles/69e3909999fd8ec8018dd3f5d7dbdc5d/DMigrantes_No.5.pdf (visitado el 25 de noviembre de 2012).

ICRMW, Resolución 45/158 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 18 de diciembre de 1990, que entró en vigencia el 1 de julio de 2003.

INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2011. 22, disponible en: http://www.inec.gob.ec/estadisticas_sociales/Ent_Sal_Int_2011/entradas/ (visitado el 23 de noviembre de 2012).

Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú, Estadísticas de emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros 1990-2009, disponible en: http://www.inei.gob.pe/BiblioINEIPub/BancoPub/Est/Lib0928/Libro.pdf (visitado el 27 de noviembre de 2012).

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Antecedentes históricos y causa de la migración, disponible en: http://www.cancilleria.gov.co/colombia/migration/historical (visitado: 25 de noviembre de 2012).

MREE, Estatuto Migratorio Permanente entre Ecuador y Colombia, R.O. No. 187 de 6 de mayo de 2010.

MREE, Estatuto Migratorio Permanente entre Ecuador y Perú, R.O. No. 315 de 8 de noviembre de 2010.

Pérez Ramírez, G. (2012). Entrevista de Cuba, Ecuador, Minga Informativa de Movimientos Sociales, disponible en: http://movimientos.org/apcaribe/show_text.php3?key=6332 (visitado: 5 de diciembre de 2012).

Reglamento de la Ley de Migración Cubana No. 1312 de 20 septiembre de 1976, Art. 132-135.

Rodríguez, J. (2010). Entrevista al embajador chino en Ecuador Cai Runguo, Ecuador Lidera la inversión china en Latinoamérica, Diario Hoy, disponible en: http://www.hoy.com.ec/noticias-Ecuador/Ecuador-lidera- inversion-china-en-latinoamerica-431041.html (visitado el 10 de diciembre de 2012).

Una encuesta nacional en 2006 mostró que el 74% de los ecuatorianos están en contra de la inmigración de colombianos, disponible en: http://sitemason.vanderbilt.edu/files/kt07HG/2006%20Ecuador%20Diario%20La%20Hora%2074%20de%20la%20poblacion%20contra%20la%20inmigracion%20colombiana%20Septiembre%204.pdf (visitado el día 26. noviembre de 2012).

Recibido: 10/06/2017

Aceptado: 28/11/2017

Alex Iván Valle Franco: Docente titular de IAEN.

Correo electrónico: alex.valle@iaen.edu.ec

TRADUCCIÓN ORIGINAL

Divulgación como Mecanismo para prevenir la Falla de Mercado

Disclosure as a Mechanism to prevent Market Failure

Prof. Dr. Florencia Marotta-Wurgler, PhD
Professor of Law New York University

Traducción
RFJ, No. 2, 2017, pp. 411-436, ISSN 2588-0837

RESUMEN: los reguladores a menudo abordan el potencial de los contratos de formulario estándar unilateral requiriendo una divulgación adicional de los términos. A pesar de su ubicuidad, para que un régimen de divulgación sea efectivo, debe aumentar el número de lectores de los contratos más allá de una tasa no trivial, y, además, las personas deben estar dispuestas a cambiar sus decisiones condicionadas a lo que leen. Sigo el flujo de clics de 47,399 hogares a 81 minoristas de software de Internet para probar si quienes compran software en línea son más propensos a leer el acuerdo de licencia cuando se divulga de manera más destacada. Encuentro que el grado de divulgación casi no tiene impacto en la tasa a la que los consumidores leen los acuerdos de licencia. Además, aquellos que sí lo hacen tienen la misma probabilidad de comprar el producto de software, independientemente de la parcialidad del contrato. Los resultados sugieren que exigir la divulgación en línea es poco probable, por sí solo, para presionar a los vendedores.

PALABRAS CLAVES: fallas del mercado, divulgación de información, mercado, productos tecnológicos , consumidores.

ABSTRACT: regulators often address the potential for one-sided standard form contracts by requiring extra disclosure of the terms. Despite its ubiquity, for a disclosure regime to be effective, it must increase readership of contracts beyond a nontrivial rate, and, in addition, individuals must be willing to change their decisions conditional on what they read. I follow the clickstream of 47,399 households to 81 Internet software retailers to test whether those who shop for software online are more likely to read the license agreement

when it is more prominently disclosed. I find that the degree of disclosure has almost no impact on the rate at which consumers read license agreements. Moreover, those who do read are equally likely to purchase the software product regardless of the one-sidedness of the contract. The results suggest that mandating disclosure online is unlikely, on its own, to put pressure on sellers.

KEYWORDS: market failures, information disclosure, market, technological products, consumers.

INTRODUCCIÓN

Los regímenes de divulgación han sido adoptados en una amplia gama de contextos de consumo. La Ley de Valores de 1933, Ley de la bolsa de Valores de 1934, la Ley de Sociedades de Inversión de 1940, y la Ley Sarbanes-Oxley fueron promulgadas para asegurar que los inversionistas estuvieran provistos con información financiera oportuna sobre los valores ofertados. En los mercados de crédito al consumidor, la Ley de Veracidad de Crédito requiere de manera obligatoria y estandarizada la divulgación de los términos y el costo de los prestamos. La verdad en la Ley de Ahorro requiere mandatos claros y uniformes a la divulgación de las tasas de interés y cargos relacionados con las cuentas de depósito para fomentar la competencia y mejorar la toma de decisiones. La ley de garantía Magnuson-Moss requiere que los vendedores de productos de consumo escriban usando un lenguaje claro en forma estandarizada. El etiquetado nutricional y la Ley de Educación exigen que los productores de alimentos detallen el contenido de nutrientes en las etiquetas de sus productos. Muchos otros ejemplos podrían darse.

Un ejemplo reciente, particularmente interesante y uno cercano a la investigación de este artículo, es el Instituto de Leyes Americano, recientemente aprobaron los principios de la Ley de Contratos de "software". Los principios buscan hacer contratos de "software" más accesibles a los consumidores. Específicamente, § 2.02 ofrece salvaguardias para transacciones de mercado masivo, operaciones minoristas dirigiendo una serie de mejoras prácticas del vendedor con respecto a la revelación que, si se aplicaran, aseguren el cumplimiento de condiciones del vendedor. La disposición exige que tanto en línea y proveedores de "software" físico para publicar los términos de sus contratos de licencia estos deben ser de manera "razonablemente

accesibles" en su sitio web[366]. Esto, por definición, es eliminar el uso de "pagar ahora, las condiciones más tarde" (PNTL) en contratos, que son contratos que los compradores pueden acceder solo después de la compra. Los principios piden que el aviso sea visible, y los términos se encuentren disponibles a través de un hipervínculo antes de comprar "a fin que el cesionario no pueda dejar de ver el anuncio." Los principios también requieren que los vendedores que venden su "software" a través de su propia página web corporativa para hacer clic en "Acepto", junto a un cuadro de desplazamiento que contiene el texto de la licencia.

Si son eficaces, el aumento de la divulgación es una atractiva manera de luchar contra los problemas relacionados con la información imperfecta. Puede ser más barato; es no intrusiva y por tanto no representa un riesgo de mal informada la regulación directa de términos y exigir el cumplimiento de las normas; conserva la elección del consumidor; y, alienta a los vendedores a competir sobre la base de la información divulgada. Como argumenta Beales *et al* [1981] y [1973] Whitford, la divulgación ataca la causa del problema en contraposición a sus síntomas.

La teoría de regulación basada en la revelación es también elegante. Al reducir los costes de búsqueda, la revelación facilita la comparación de compras y aumenta el número de compradores informados. En principio, un régimen de transparencia puede ser beneficioso incluso si no afecta al comportamiento de la mayoría de los consumidores; puede ser eficaz incluso si la mayoría de los consumidores no leen o tienden a la de comparación basada en lo que leen. Como Schwartz y Wilde [1979] articulan, lo que se requiere es que estos regímenes aumenten el número de consumidores informados a una masa crítica de lo que los autores llaman una "minoría informada." Si esta masa crítica de compradores de comparación existe, divulgación será suficientemente eficaz en mercados competitivos, porque los vendedores tendrán un incentivo para satisfacer informando a los compradores. El no informado no lector consigue un viaje gratis a términos estándar aceptables.

El argumento requiere que los consumidores tengan preferencias homogéneas respecto a términos y que los vendedores son incapaces de discriminar entre los consumidores informados y desinformados.

366 Cabe señalar que incluso los términos que cumplan con el § 2.02(c) (1) estarían sujetos a un reclamo donde los términos son inmorales o en contra de la política pública.

La minoría informada argumentó que ha sido utilizada ampliamente para resistir la no revelación de la intervención. Pueden encontrarse ejemplos en Spence [1977] y Salop y Stiglitz [1977]. Aúnque los críticos han expresado dudas acerca de la capacidad de divulgación regímenes para generar aumentos significativos en el número de consumidores informados. Goldberg Ben-Shahar [1974], [2009], y Ben-Shahar y Schneider [2010] han argumentado que los consumidores podrían ignorar la impresión, independientemente de cómo sea accesible. Un estudio de especial relevancia aquí es Bakos et al [2011], que encontró que aproximadamente uno de cada mil compradores de "software" online voluntariamente lee el EULA (en el marco de las actuales prácticas de divulgación). O quizás no entienden que cuando lo leen, como Whitford [1973] ha sugerido.

La Economía del comportamiento también nos ha enseñado que los consumidores confían en la heurística para hacer frente a complejos en la toma de decisiones cotidianas. De hecho, varios estudios, incluyendo Bar-Gill [2004] [2008], Gabaix y Laibson [2006], y Della Vigna y Malmandier [2008] sugieren que algunos mercados pueden no estar funcionando de manera óptima debido a diversos tipos de racionalidad. Por ejemplo, Korobkin [2003] explica cómo los consumidores tienden a depender de unos pocos atributos de productos sobresalientes en sus decisiones de compra. Algunas revelaciones que ponen de relieve las pocas, pero más importantes características del producto o servicio podría mejorar la toma de decisiones. Pero, como Issacharoff [2011] NOTAS, no está claro que solo ofrecer más información será útil.

Las apuestas son altas, tanto para los consumidores como para los vendedores. Si las críticas son correctas y los lectores de contrato permanecen inalterables por mayor acceso al contrato, que ordene el aumento de la divulgación sería ineficaz e incluso potencialmente dañino. En primer lugar, los consumidores seguirían tomando decisiones de compra sin considerar plenamente los términos. Segundo, como Ben-Shahar y Hillman [2010] [2006] argumentan, los tribunales podrían creer erróneamente que los vendedores usan un término específico para hacer el producto eficiente, mecanismos de mercado y ser más indulgentes en términos de policía abusiva. En tercer lugar, en el contexto de "software", se requiere la divulgación en forma de "clickwraps" la cual será costosa para los vendedores si los pasos adicionales en el proceso de "checkout" el resultado de compradores

ansiosos de perderán su paciencia y abandonaran la transacción[367]. Estas recomendaciones podrían generar importantes costosos y cambios en las prácticas de divulgación de información del vendedor del "software" actual, ya que aproximadamente la mitad de los contratos de "software" vendido "online" son actualmente o PNTLs "browsewraps"[368]. También sería costoso para los compradores, que se verían obligados a gastar tiempo manifestando su consentimiento haciendo clic en términos que racionalmente, no tienen ningún interés en revisar.

Al final del día, sin embargo, ninguna cantidad de teorías o debate puede resolver si la revelación de los regímenes es capaz de informar a los consumidores y modelar su comportamiento. Estas son cuestiones puramente empíricas.

1. ¿HA SIDO EFICAZ EL REGLAMENTO DE DIVULGACIÓN? EVIDENCIA PREVIA

Antes prueba de evidencia empírica sobre la eficacia de los regímenes de divulgación se puede decir que es fragmentada y mixta. Choi et al [2008] se encontró con que los sujetos que están obligados a elegir entre cuatro índices S&P 500 fondos no suelen elegir aquellos con tarifas más bajas, incluso aúnque esta sería segura para llevar a cabo una mejor base de honorarios netos. Este comportamiento persiste incluso después que los sujetos recibieron folletos que incluyen hojas de resumen de Canon más transparente. En otro conjunto de experimentos por Beshears et al [2008], acortado por SEC revelaciones fueron mostradas solo modestas mejoras en la selección de cartera. Otro estudio realizado por Agarwal et al [2009] se encontró que el joven adulto.

Y relativamente mayores prestatarios más pobres hacen opciones financieras, sugiriendo límites a la capacidad de cualquier régimen de transparencia para mejorar la toma de decisiones.

En el mercado minorista de alimentos, Jin y Leslie [2003] se evidenció que la introducción de la calidad de la higiene estandarizada por

---

367 Mann y Siebeneicher [2008] encuentran que los minoristas no pueden hallar el valor extra durante el proceso de verificación necesario para obtener su consentimiento legalmente exigible.

368 Este número proviene de un estudio empírico sobre el anterior EULA por Marotta-Wurgler [2009].

tarjetas son necesarias para ser mostradas en el restaurante "Ventanas" en Los Ángeles, fue demostrado que el restaurante causó un grado de puntuaciones de inspección para aumentar la sensibilidad de la demanda de los consumidores al aumentar las puntuaciones de higiene, y las hospitalizaciones debidas a enfermedades transmitidas por alimentos Asimismo, Bollinger et al [2010] se comprobó que la introducción obligatoria de contabilizaciones de calorías en cadenas de restaurantes en la Ciudad de Nueva York disminuyó el consumo de calorías en el Starbucks por un modesto 6 por ciento. Un estudio del efecto de la nutrición y la Ley de Educación de etiquetado en el aderezo de ensalada mercado por Mathios [2000] se determinó una reducción estadísticamente significativa en las ventas en aderezos con mayor contenido de grasa después de la aprobación de la ley. Naturalmente, si los consumidores no saben leer o entender las etiquetas, tales regímenes serán menos eficaces. En ese sentido, Lacko y Pappallardo [2007] hallaron que la mejora de la revelación podría aumentar la comprensión de las características complejas de los prestamos.

Algunos han sugerido la divulgación de regímenes son probablemente efectivas solo cuando la revelación se convierte en "incrustada" en la toma de decisiones cotidianas y corrige una percepción errónea del consumidor. Por ejemplo, Bertrand y Morse [2010] evidenciaron que los regímenes de divulgación para prestamos son más eficaces si se toma en consideración los prestatarios sesgos cognitivos.

Divulgación podría por lo tanto ser utilizada como una herramienta de "sesgo" de los individuos o, por lo menos, aquellos que respondan a la información, que en este caso fue solo el diez por ciento de los prestatarios.

2. OTROS MECANISMOS QUE AYUDAN A QUE LOS MERCADOS FUNCIONEN

Aúnque este artículo se centra en los regímenes de divulgación, es importante señalar que existen otros mecanismos de mercado que pueden inducir a los vendedores sobre la competencia y los términos del contrato, incluso si algunos consumidores los leen. Por ejemplo, como Baird [2006] y otros han señalado, los vendedores afectados por reputación podrían tener un incentivo para ofrecer mejores condiciones o calidad del producto. Jin y Leslie [2009] encontró que la cadena de restaurantes que tienen mayor higiene son decenas de restauran-

tes independientes, quizás debido a las posibles consecuencias para la reputación. Los vendedores también pueden ser sancionados por la amenaza de litigio, como determinaron Issacharoff y Delaney [2006].

Alternativamente, los vendedores pueden tener un incentivo para divulgar información voluntariamente y publicidad para obtener una ventaja competitiva. Como mencionaron Milgrom [2008] y otros, esto funciona si los compradores son lo suficientemente sofisticados y atentos. Por ejemplo, Mannering y Winston [1995] encontró que la adopción del consumidor de vehículos equipados con "airbags" en el decenio de 1990 parece haber sido facilitado por la cobertura de los medios de comunicación, así como los amigos contaron sus experiencias con airbags. Asimismo, Scott-Morton et al [2001] se comprobó que los consumidores que utilizan Internet como servicio de referencia a la hora de comprar un coche, en promedio pagan menos de $450; esta Economía se debe presumiblemente a la información puesta a disposición por el servicio de referencias.

Cuando los compradores son ingenuos y los atributos del producto no son tan agudos como precio o no son denunciados por los medios de comunicación, sin embargo, es posible que estos sigan imperfectamente informados. Este parecería ser la plausible caracterización de muchos, si no la mayoría de los ajustes de contrato de forma estándar. Si es así, se explicaría por qué tantos regímenes de divulgación se han propuesto.

3. ¿LA DIVULGACIÓN DE CONTRATO ES IMPORTANTE? UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA

Dada la variedad de información existente y propuesta sobre la divulgación de contrato y los efectos potenciales sobre los vendedores, es importante ampliar el conjunto de pruebas sobre si una política de aumento de la divulgación de contratos de forma estándar puede informar eficazmente a los consumidores y crear una minoría informada de compradores capaces de disciplinar a los vendedores. De hecho, eso parecería ser un requisito previo para la regulación.

Mi enfoque es estudiar el comportamiento de aquellos que compran productos de software en línea. Rastreo el comportamiento de compra de los visitantes de Internet a 81 minoristas de software que venden sus productos en su sitio web corporativo y que hicieron sus licencias de "software" disponible en algún lugar de su sitio. Examino la tarifa

a la cual los compradores eligen para informarse sobre las licencias de "software" que posee el software destacado. Particularmente, estudio si los consumidores son más propensos a acceder a las licencias de "software" que están prominentemente visualizadas.

El mercado de productos de software en línea es un entorno particularmente bueno para examinar la eficacia potencial de las políticas de divulgación de contratos. En primer lugar, las licencias de "software" incluyen importantes características que no están relacionadas con el precio, como los Derechos y restricciones sobre cómo el producto de "software" puede y no puede utilizarse. Los términos de las licencias de "software" siguen estando en el centro de varias disputas legales[369]. Segundo, como se mencionó anteriormente, el Instituto de Derecho Americano ha aprobado recientemente los nuevos *Principios de Derecho sobre los Contratos de "Software"*. Estos se redactaron bajo la suposición que el mercado masivo de "software" no funciona bien con respectos a los términos contractuales. Esta suposición no es irrazonable, dadas las pruebas que actualmente no existe una minoría informada en el mercado de "software" en línea. Saber si el aumento de la divulgación de contrato es realmente capaz de crear una minoría informada de compradores de "software" es obviamente crucial para evaluar la conveniencia de este enfoque. Por último, una serie de debates sobre la reforma legal y el papel de regulación de la divulgación en los contratos tipo que generalmente se centran en los contratos electrónicos y particularmente en los contratos de "software".

Para estimar si el aumento de la divulgación de contratos está asociado con un mayor número de lectores, empiezo clasificando los visitantes de los sitios web de la empresa de mi muestra en aquellos que tienen la intención de comprar y los que visitan por otros motivos. Por ejemplos, algunos visitantes pueden visitar un minorista de "software" para averiguar cómo solucionar un problema en una copia que ya tienen, o para ver anuncios. Utilizo el enfoque de Bakos, Marotta-Wurgler, y Trossen (2011) para distinguir a los adquirientes de los no adquirientes. También distingo los adquirientes que compran un producto de aquellos que no lo hacen y los clasifico como compradores potenciales o no potenciales. Utilizo la iniciación

369 Algunos ejemplos pueden ser encontrados en *Altera Corp v. Clear Logic*, Inc. 424 F.3d 1079 (9no Cir. 2005); *Davidson & Assocs. v.* Jung, 422 F.3d 630 (88vo Cir, 2005); *Davidson & Assocs. v. Internet Gateway*, 344 F. Supp. 2d 1164, 1178 (D. Mo. 2004); *M. A. Morteson Co. V. Timberline Software Corp.*, 998 P.2d 305 (Wash. 2000)

de un proceso de pago seguro para identificar a los compradores potenciales. Finalmente, mido el número de visitantes – adquirientes y compradores potenciales - que leen las licencias de contrato. Es decir, estimo el número de lectores y no lectores entre los visitantes clasificados como adquirientes y compradores potenciales. Defino a los lectores como aquellos que acceden a una página de licencia de "software" durante más de un segundo. Esto da un límite superior al número de personas que efectivamente leen contratos, ya que algunos pueden hacer clic en ellos accidentalmente, y algunos no pasan el tiempo suficiente en ellos como para haber entendido sus términos.

3.1. Datos y Construcción de Muestras

El conjunto de datos contiene las rutas de navegación web de 92.411 hogares de los Estados Unidos para enero de 2007 y fue introducido en Bakos, Marotta- Wurgler, and Trossen (2011). Estos datos fueron recogidos por una importante compañía de investigación en línea que realiza un seguimiento del comportamiento de navegación por Internet de un panel representativo de hogares de EE.UU, que han acordado instalar en sus computadores un programa que rastrea la URL de cada página visitada durante sus sesiones de Internet.

El panel de hogares fue seleccionado para ser representativo de la población de hogares Estadounidenses con acceso a Internet. A cada hogar se le asigna un identificador anónimo único, que se utiliza para rastrear su actividad de navegación web y para clasificarla en ¨sesiones¨. La información captada por el "software" incluye la URL de cada página visitada, el tiempo dedicado a la página, si esa página estaba dentro de una conexión segura (es decir, encriptada), el servidor web que entrega la página web y un identificador único para la empresa o la división propietaria de ese servidor web. La compañía también recoge información demográfica detallada entre los hogares.

Construyo la muestra seleccionando las visitas de los usuarios a los minoristas que venden productos de "software" en su sitio web corporativo y que hacen que sus contratos estén disponibles en algún lugar de su sitio, antes o durante el proceso de pago. Uso la clasificación del proveedor de datos de los mercados para identificar las visitas solo a las empresas de "software". Excluyo a los proveedores que ofrecen sus productos de forma gratuita (por ejemplo, proveedores de "software" gratuito), los proveedores que no venden su producto a través de su

sitio web corporativo, los proveedores de "software" de igual a igual y las empresas de alojamiento web. Incluyo solamente a las compañías con por lo menos cincuenta visitantes únicos que vieron por lo menos dos páginas. Mi interés está en los usuarios con intención o potencial intención de compra, y los usuarios que ven una sola página son menos propensos a tener tal intención. Un total de ochenta y un empresas satisfacían las condiciones anteriores.

Para cada una de estas empresas obtuve manualmente los URL de todas las licencias de "software" disponibles en el sitio web de la empresa, independientemente de dónde se encuentren. Algunas compañías ponen sus licencias de "software" a disposición de los visitantes antes de comprarlas publicándolas en alguna parte de su sitio web. Otros las presentan durante el proceso de pago y requieren que los compradores hagan clic en "estoy de acuerdo", ya sea junto a un hipervínculo que dirige al usuario a los términos del contrato o debajo de un cuadro de texto que contiene los términos de licencia. Todas estas empresas forman parte de la muestra, aúnque, como se explica a continuación, el subconjunto que presenta términos en un cuadro de texto se analiza mejor por separado.

3.2. Características de la Empresa y de los Productos

Recopilé información de la compañía y del producto que podría afectar la propensión de un comprador a estar informado sobre los términos de la licencia de "software". Obtengo datos sobre los ingresos anuales de cada empresa (en 2009), año de incorporación y Estado público o privado. Estos datos proceden de fuentes públicas o de comunicaciones directas con las empresas.

Los datos a nivel de empresa se describen en la Tabla 1. El ingreso promedio de las 81 compañías de muestra es de $ 1,52 mil millones, cifra impulsada por unas pocas grandes empresas; el ingreso medio es de solo seis millones de dólares. La edad media de estas empresas, medidas como 2011 menos el año de incorporación, es de 17,7 años. Aproximadamente una cuarta parte de las empresas se comercializan públicamente.

Recojo datos relacionados con productos para el producto insignia de cada empresa. Para empresas con muchos productos, selecciono el que es más popular o que representa la mayor parte de las ventas. Si tal información no está disponible, selecciono el producto más

prominente ofrecido por el vendedor. Registro el precio del producto ofrecido y recojo la información sobre el precio medio de todos los otros productos ofrecidos por cada vendedor, para tener una idea de lo representativo que es el producto destacado. Observo si el producto destacado es un acuerdo de licencia única o multilicencia y si está dirigido a desarrolladores de "software", ya que esto afecta el precio. También observo si los vendedores ofrecen una versión de prueba del producto, y si el producto está dirigido a usuarios comerciales o al público en general. Por último, clasifico cada producto en una de las 150 categorías de productos de "software", por ejemplo, gráficos u hojas de cálculo, en función de las clasificaciones que utiliza Amazon.com.

Tabla 1					
Muestras de empresas de software y sus productos					
	Núme-ro	Media	Mínimo (D.D)	Mediana	Máxima
Panel A: Características de la Empresa					
Ingresos ($millones)	81	1.520 (6,850)	0.1	6	51.100
Tiempo (años)	81	17.7 (9.98)	5	16	58
Compañía Pública	81	0.27 (0.45)	0	0	1
Panel B: Características del Producto					
Producto del Consumidor	81	0.68 (0.47)	0	1	1
Precio ($)	81	394 (1,025)	10	58	5.290
Precio Medio	81	352 (1,025)	1	49	5.000
Juicio (producto destacado)	81	0.84 (0.37)	0	1	1
Juicio (mayoría del producto)	81	0.78 (0.42)	0	1	1

La tabla 1 también proporciona estadísticas resumidas sobre los productos estrella de cada empresa. El sesenta y ocho por ciento está dirigido a los miembros del público en general. El precio promedio de los productos destacados es de $ 394, y la mediana es de $ 58. Los productos destacados son representativos de los productos de la empresa, al menos en lo que respecta al precio, dado que los precios promedio de todos los productos de software están cerca de estos. Esto es útil

mientras examino el acceso a todos los productos para los que hay una licencia de software publicada. Finalmente, el ochenta y cuatro por ciento de los sitios de la muestra ofrecen una versión de prueba del producto ofrecido o del producto en la muestra, y setenta y ocho por ciento ofrecen versiones de prueba para la mayoría de sus productos.

3.3. Divulgación de Contrato

Uno de los dos objetivos empíricos de este artículo es medir si los contratos más accesibles son más probables de ser leídos (el otro es, dada la lectura, si lo que está en el contrato afecta a las decisiones de compra). Por lo tanto, recojo todas las URL de las licencias de "software" que están disponibles en el sitio web de una empresa. Como se señaló anteriormente, muchas empresas venden un solo producto y, por lo tanto, solo ponen en línea la licencia de "software" que rige el uso de ese producto. Otras firmas venden muchos productos que están regidos por una sola licencia de "software" publicada en su sitio web, y otros publican diferentes licencias de software para diferentes productos. Registro cada licencia de "software" publicada. Esto me permite examinar las visitas a todos los productos con una licencia de "software" asociada en una empresa dada, no solo los productos estrella. Existen 240 URL únicas que corresponden a licencias de "software" para mis empresas de muestra.

Mido la accesibilidad del contrato con el número de clics al ratón que toma para tener acceso a la licencia de software desde el camino más natural para comprar. Definir el "camino natural para comprar" puede sonar complicado y subjetivo, pero en realidad es un proceso sencillo, ya que la mayoría de las empresas tratan de hacer lo más fácil posible para que los consumidores puedan navegar a través de sus sitios y comprar sus productos.

Por ejemplo, considere a un comprador que desea adquirir un producto de software antivirus de un determinado proveedor. El comprador seleccionará el producto y procederá a la comprobación. Imagine que antes que se le permita ingresar su información de tarjeta de crédito, el comprador debe aceptar la licencia de "software" del producto haciendo clic en "Estoy de acuerdo" debajo de una caja desplazada que contiene los términos estándar, este es un contrato de clic. Debido a que la licencia de "software" está directamente en el camino de clic más natural para los compradores y se requiere verlo. Si el vendedor hubiera pedido

a los compradores que hicieran clic en "Estoy de acuerdo", pero los invite a acceder a la licencia de "software" haciendo clic una vez más en un hipervínculo adyacente, además, registro el puntaje de acceso como 0,5. Esto es porque, aúnque el comprador debe reconocer activamente la existencia de un contrato, y por lo que en ese sentido es muy fácil de encontrar, también debe hacer clic una vez para ver sus términos. Estos dos tipos de presentaciones de contrato fuerzan a los compradores de la licencia de "software" a reconocerla.

La distribución de la accesibilidad del contrato por parte de la empresa se presenta en la Tabla 2. A partir de la fecha del proceso de recolección de datos, el 3,70% de los vendedores colocan cajas de texto con los términos sobre el botón "Estoy de acuerdo" -la máxima divulgación posible- y el 27,16% de los vendedores los presentan en hipervínculos cercanos que deben hacer clic para ver los términos.

El resto de las empresas de la muestra hacen sus contratos disponibles en su sitio web, pero requieren que los compradores hagan un esfuerzo extra para encontrarlos. Por ejemplo, Symantec presenta toda su licencia de productos a un mínimo de dos clics de distancia de la ruta de compra más obvia. Al momento de escribir este artículo, un enlace en la parte inferior de la página principal, titulado "acuerdos de licencia", proporciona enlaces a las licencias de "software" de los productos de Symantec. Por lo que toma a un comprador un clic de la página principal para acceder a la lista de las licencias de "software", y el segundo clic para ver realmente la licencia de "software" del producto deseado, por una distancia total de dos clics. Alrededor del cuarenta y dos por ciento de los vendedores colocan su licencia a un solo clic; en todas las empresas que no son del carácter obligatorio el ¨Estoy de acuerdo¨ o el carácter de una ruta de navegación, el número medio de clics necesarios para ver la licencia de "software" es de 1.66. Uno debe estar determinado, de hecho, a encontrar algunos de estos contratos, ya que los enlaces no siempre están claramente etiquetados, y el texto puede ser muy pequeño (quizás intencionalmente). A priori, la tabla sugiere que la preocupación del regulador sobre las prácticas actuales de divulgación no es injustificada.

Tabla 2		
¿Qué tan bien se revelan las licencias de "software"?		
Revelación de la licencia de "software" (número de clics de la ruta de compra)	**Número de las licencias de software**	**Porcentaje**
0 (ruta de navegación)	3	3,7
0.5 (ruta de navegación)	22	27,16
1	34	41,98
2	12	14,81
3	7	8,64
4	2	2,47
5	0	0
6	1	1,23
Total	81	100

3.4. Compradores y Compras

Estoy interesado en observar el comportamiento de los visitantes que tienen la intención de comprar. El proveedor de datos informa toda la actividad de navegación de Internet de mis visitantes, por lo que no puedo saber con seguridad qué fracción de los visitantes de los minoristas de muestra son verdaderos compradores o tienen otras motivaciones. Empezaré restringiendo mi análisis a los visitantes con intenciones potenciales de compra excluyendo visitas que no tengan acceso a servidores dedicados a comprar o adquirir (por ejemplo, servidores que tratan de promociones). A continuación, sigo el enfoque en Bakos, Marotta-Wurgler, and Trosen (2011) para identificar las visitas orientadas a las compras con mayor precisión. Esto tiene alguna explicación.

Defino la *visita de usuario* como todas las vistas de páginas (accesos URLS) desde el sitio web de una empresa dentro de una única sesión de usuario. Un enfoque ampliamente utilizado en la secuencia de clics es identificar a los compradores centrándose en la intensidad de una visita de la empresa. Los usuarios con la intención de considerar una compra -los llamo adquirientes- tienen más probabilidades de ver varias páginas en el lado minorista del sitio web de la compañía. Esta observación me ayuda a separar el navegador casual de los compradores adquirientes.

En concreto, he utilizado dos definiciones de visitas de compras para estimar si el usuario estaba de compras. La definición más amplia de visitas de compras es aquella en la que al menos cinco páginas se accedieron en el sitio web de una compañía dada. Esta definición debería excluir muchos de los navegadores casuales. Una definición mucho más restrictiva de una visita de compras es aquella en la que el usuario ha seleccionado un producto e iniciado una revisión o pago en una sesión determinada. Identifico a estos visitantes mediante el inicio del proceso de pago. Esta definición es excesivamente restrictiva, ya que excluye a muchos compradores que no compran en última instancia. Dada una definición demasiado permisiva de visita de compras y una definición demasiado restrictiva, puedo establecer límites superiores e inferiores sobre las cantidades de interés. En este caso, como los intervalos acotados resultan ser muy ajustados, la definición precisa de comprador es inmaterial.

Una vez que identifico a los compradores, defino una visita de empresa como un período de navegación web separado por al menos treinta minutos de inactividad. Un usuario puede, por lo tanto, tener varias visitas a una empresa dada en un día, una semana o un mes. El proveedor de datos utiliza esta definición, al igual que varios artículos de la literatura, como Moe y Fader (2004) y Bucklin y Sismeiro (2003)[370]. Me refiero a todas las vistas de página desde el sitio web de una sola compañía dentro

370 Aúnque es útil, esta definición puede ser demasiado estrecha, ya que los visitantes en línea pueden considerar su decisión de compra con el tiempo y visitar una empresa en varias ocasiones, durante el lapso de varios días, antes de completar una compra. Johnson et. al (2004) demuestra que las visitas repetidas a una empresa dentro de un mes típicamente corresponden al mismo ciclo de compras. Por lo tanto, se trata de una definición alternativa de la visita de la empresa mediante la agregación del número de visitas a una sola empresa en un mes determinado. Los resultados de este enfoque fueron cualitativa y cuantitativamente similares y están disponibles a petición.

de una sola sesión de usuario como una visita de la empresa por parte del usuario. El número de visitantes únicos en la muestra bajo la definición más amplia de visitas de compras, que es de al menos cinco páginas vistas en el sitio web de esa compañía, es 35 000.

El proveedor de datos también reúne datos demográficos sobre compradores y hogares que pueden afectar su probabilidad de ser informados sobre los términos de la licencia. Utilizo datos sobre la edad y el género del jefe del hogar, el ingreso del hogar, el tamaño del hogar y la presencia de niños. Debido a que la muestra se construye para ser representativa de los usuarios de Internet, y estos datos son simplemente variables de control en el análisis, me abstengo de informar sus efectos numéricos para ahorrar espacio, pero están disponibles a petición.

4. ¿SON LOS CONTRATOS MÁS ACCESIBLES MÁS PROBABLES DE SER LEÍDOS?

Aquí yo pruebo si los contratos que requieren menos clics extras son más probables de ser leídos, o al menos vistos. Yo me enfoco en la frecuencia con la que los compradores acceden al URL de una licencia de software, y si esta frecuencia incrementa de tal manera que los contractos son hechos fáciles de encontrar, yo computo estadística descriptiva en visitas de compañías y accesos de licencia por accesibilidad de contrato, bajo cada dos definiciones de visita de compras. Yo logro esto con una regresión simple para estimar el efecto de la accesibilidad de contratos en acceso a contratos mientras se toma en cuenta una gama de variables de control.

4.1. La relación entre lectura de contrato y revelación

Para esta porción del análisis, yo me enfoco en visitas a compañías donde el acceso EULA es posible, pero es opcional. En otras palabras, yo excluyo las compañías con una calificación de acceso EULA de cero, porque todos los compradores que empiezan el proceso de compra están presentados con el texto de EULA. Para ellos la fracción que voluntariamente “lee” no puede ser determinada.

7) Aunque útil, esta definición puede ser muy estrecha, los visitantes en línea pueden considerar sus decisiones de compra a través del tiempo, y visitar una compañía en múltiples ocasiones, en el

lapso de varios días antes de completar una compra. Johnson et al. (2004) muestra que las visitas repetidas a una empresa dentro de un mes normalmente corresponden al mismo ciclo de compras. Por lo tanto, traté de una definición alternativa de visita de compañía agregando el número de visitas a una única compañía en un mes determinado. Los resultados de este enfoque fueron cualitativa y cuantitativamente similares y disponibles bajo petición.

8) La mayoría de las firmas tienen la misma calificación de accesibilidad para todos sus productos EULA. Muy pocas firmas hacen sus EULAs disponibles en múltiples ocasiones. En esos casos, yo registro las puntuaciones más bajas (i.e. más accesibles) ¿Importa la divulgación de contrato?

Los resultados esenciales de esta investigación se encuentran en la Tabla 3. El panel superior mira las visitas ininterrumpidas de aquellos que hicieron clic en al menos cinco páginas durante una visita de la empresa. Comienza desde la parte inferior de este panel, y busca hasta qué punto los compradores accedieron al EULA de la empresa que lo hizo más difícil de encontrar, a seis clics de distancia. (De la Tabla 2, sabemos que sólo hay una compañía de este tipo.) De 235 visitas de compras a esta empresa, incluyendo visitas repetidas, el EULA no fue accedida ni siquiera una vez. Las 1.160 visitas de compras a sitios web donde el EULA estaba a cuatro clics de distancia de la ruta de compra tampoco presenciaron un solo clic en un EULA. Parece plausible conjeturar que al menos algunos compradores pudieron haber Estado interesados en revisar estos contratos, pero simplemente no los pudieron encontrar.

La imagen no cambia mucho a medida que aumenta la divulgación. De las 49,079 visitas de compras a las empresas que localizaron sus EULAs a tres clics de la ruta de compra, solo trece vieron a EULA accedida, una tasa de tres accesos EULA por cada diez mil visitas de compras (es decir, accesos EULA potenciales). Cuando la revelación se mejora para estar un clic más cerca de la ruta de compra, para un total de dos clics adicionales requeridos, la tasa de lectores en realidad cae ligeramente, a alrededor de uno de cada nueve mil. Cuando está un clic más cerca aún, ahora solo requiere un solo clic en un hipervínculo que está realmente en una página de ruta de compra, la tasa de lectura aumenta, pero sigue siendo pequeña: es solo alrededor de uno de cada trescientos compradores.

Hubo 4.513 visitas de compras a las empresas que hacen su contrato disponible a través de un clickwrap, incluyendo visitas repetidas. Los compradores accedieron voluntariamente al EULA de estas compañías sólo siete veces. En otras palabras, sólo una fracción del uno por ciento de las visitas de los compradores incluyó un clic de EULA. Note que, con estos clickwraps, el EULA es tan bien divulgado como posiblemente puede ser corto de ser impreso en la pantalla a lo largo de la ruta de compra, que como vimos anteriormente es un método de divulgación elegido por sólo tres de las 81 firmas.

Muchos de los que hicieron clic en el EULA probablemente no lo han leído y comprendido. Podemos ver esto en el tiempo invertido en la URL de la licencia. La media del tiempo para que un "lector" pase en esa URL es entre treinta y sesenta segundos (el tiempo promedio en EULA oscila entre cuarenta y ciento cincuenta segundos). Bailey y Bailey [1999] encontraron que el EULA promedio es de aproximadamente 2.300 palabras de largo, y la velocidad de lectura humana promedio es menos de trescientas palabras por minuto. La velocidad de lectura es sin duda más baja para el juez legal. Por lo tanto, las bajas tasas de clics EULA que observamos aún exagera la fracción de compradores que realmente se informa sobre los términos de la licencia.

El segundo panel de la Tabla 3 muestra los resultados para los compradores que fueron todo el camino a la colocación de un producto en un carrito de la compra y el acceso a una página de pago seguro. Muchos de estos son por lo tanto compradores reales, mientras que algunos no completan el proceso de pago. El número de visitas en este grupo es menor que en los dos anteriores, de acuerdo con la evidencia previa de las tasas de conversión en línea alrededor del dos por ciento. El patrón de visitas a los EULAs por accesibilidad también es ligeramente diferente bajo esta definición de una visita de compras. Presumiblemente, este grupo de compradores estaría especialmente interesado en ver los términos que están a punto de gobernar el uso de su potencial compra. Sin embargo, esto no parece ser el caso; casi ninguno de ellos accedió voluntariamente a la licencia.

Tabla 3				
¿Más divulgación induce más lectura de licencia?				
Divulgación de EULA (número de clics de ruta de compra)	**Número de visitas al sitio web de la empresa**	**Número de visitas con EULA hecho clic**	**Porcentaje de visitas con EULA hecho clic**	**Mediana de la duración de la vista EULA (segundos)**
Panel A: Al menos cinco páginas visitadas durante la visita				
0.5	4513	7	0.16	58
1	8110	23	0.28	27
2	9185	1	0.01	44
3	49079	13	0.03	35
4	1160	0	0	-
5	0	-	-	-
6	235	0	0	-
Panel B. Al menos una página de Secure Checkout visitada durante la visita				
0.5	381	2	0.52	372
1	3157	4	0.13	77
2	1111	0	0	-
3	105	0	0	-
4	112	0	0	-
5	0	-	-	-
6	0	0	0	-

Una vez más, todos los compradores que visitan empresas con una puntuación de acceso de 0,5 EULA son conscientes del EULA porque el proceso de pago requiere que ellos lo acepten explícitamente. Sin embargo, incluso para este grupo de compradores particularmente interesados, solo alrededor de uno de cada doscientos clics el EULA. Parece que una mayor divulgación es esencialmente incapaz de inducir a los compradores a estudiar los términos, incluso cuando tales compradores reciben una notificación muy clara al ser obligados a hacer clic en "Estoy de acuerdo" con dichos términos.

Resumamos los resultados. Es estadísticamente cierto que el aumento de la divulgación aumenta el número de lectores. En las regresiones no registradas (disponibles bajo petición), estos resultados se mantienen después de controlar los controles de productos, empresas y compradores. Las tasas de acceso a EULA tienden a aumentar cuando se ubican más cerca del camino de compra. Sin embargo, esto claramente no es adecuado para llevar, porque el aumento es de una tasa de cero a una tasa de épsilon, incluso para los EULAs más prominentemente divulgados y el grupo de compradores más afectados. En el contexto actual, la divulgación creciente no aumenta, y lo más probable es que no pueda, incrementar el número de lectores de los contratos a una tasa significativa.

9) Los resultados son similares para los modelos de probabilidad lineal, *logit y probit*.

Ahora vuelvo a los contratos mejor divulgados analizando el tiempo dedicado a aquellos donde los vendedores los presentan en un cuadro de texto junto a una caja que los compradores deben aceptar, lo más comúnmente posible durante el proceso de pago. Anteriormente me referí a estos contratos como tener una puntuación de acceso de cero. Solo puedo medir el tiempo dedicado a estas páginas, ya que todos los compradores que deciden comprar un producto son presentados con el texto de EULA, si quieren verlo o no.

Las compañías que eligen este modo de presentación también pueden requerir que el comprador escriba su nombre, dirección de facturación e información de tarjeta de crédito en la misma página donde aparece el texto de EULA, por lo que el método de evaluar el lector basado en el tiempo dedicado a esa página es algo menor de confianza.

Note que los números a seguir no se informan en ninguna tabla para ahorrar espacio. En mis datos hay 3.269 visitas a firmas con EULAs con una puntuación de acceso cero, donde visita se define como acceso de al menos cinco páginas. De estos, el 14,4 por ciento visitan la página del EULA, donde pasan un tiempo medio de 68 segundos. La manera de interpretar este resultado es que el 14,4 por ciento de los visitantes comenzó, pero no necesariamente completó, un proceso de pago. Dado que estas empresas a menudo requieren que los compradores ingresen información personal y acepten el EULA en la misma página, probablemente los pasos que proporcionan información representen la mayor parte del tiempo que pasan en esta página. Pero de nuevo, incluso si descartamos el requisito de ingresar información personal, es improbable que haya mucha lectura o comprensión de los términos dado el tiempo que pasamos en la página.

Finalmente, limitando la consideración a las visitas con los compradores que comenzaron un proceso de pago, el número de visitas de la empresa cae a 643. Dado que el EULA se presenta durante el registro o en algún momento durante el proceso de pago, no es sorprendente que 302 de las 643 visitas de la compañía (o 47 por ciento) también tuvieron una visita de EULA. El 53 por ciento de las visitas que no tienen una vista EULA son situaciones en las que los compradores comenzaron un proceso de pago o registro, pero no llegaron lo suficientemente lejos para acceder a la URL de la licencia. El tiempo promedio dedicado a estas páginas, cuando se accede, fue de 146 segundos. La conclusión general sigue siendo válida: no importa cuán prominentemente se divulguen los EULAs, la gran mayoría de los compradores no los leen.

Una posible explicación es que a pesar que este tipo de EULA está visiblemente colocado en una página, a menudo aparece solo al final de la transacción durante el proceso de compra, que se inicia después que un comprador ya ha decidido comprar. Los compradores que en teoría podrían ser parte de la minoría informada, acceder a los términos de EULA como parte de su consideración de un producto para la compra, podría resultar demasiado costoso para seleccionar un producto y comenzar un proceso de pago solo para acceder a la licencia. En ese sentido, una licencia que es uno o incluso dos clics de distancia de la página principal de la empresa podría ser más "accesible", incluso si no es deliberadamente presentado a todos los compradores.

Del mismo modo, una vez que un comprador ha decidido comprar un producto y ha iniciado una sesión de pago sin tener en cuenta los

términos del EULA, tal vez no se preocupe por el EULA. Esto también podría explicar el poco tiempo dedicado a los EULA presentados durante el proceso de pago.

En cualquier caso, la pequeña fracción de consumidores que acceden a EULAs indica que los compradores perciben un alto costo de encontrar y leer la licencia en relación con los beneficios esperados. Dado que el número de lectores de los contratos no aumenta significativamente con el aumento de la divulgación, el principal costo no radica en localizar y acceder a los EULAs, sino más bien en la lectura y evaluación de los términos del contrato.

Los contratos pueden ser demasiado largos o difíciles de entender, o los consumidores pueden no importarle lo suficiente acerca de los términos para incurrir en el costo de leerlos. Aúnque varios términos implican restricciones de uso, garantías y mantenimiento y soporte, la mayoría de términos son relevantes solo en eventos de baja probabilidad. La falta de lectura sin tener en cuenta la revelación podría ser así una acción perfectamente racional. La conclusión de la política es que es poco probable que la divulgación obligatoria afecte significativamente a la fracción de consumidores que se informan.

Para poner la misma conclusión en términos más teóricos y explorar su implicación para la posible eficiencia de los términos vendedores presentes, tenga en cuenta que Bakos, Marota Wurgler, and Trosen (2011) estimaron la fracción mínima de lectores necesaria para apoyar un equilibrio minoritario informado. En ausencia de asentimiento obligatorio y con suposiciones conservadoras sobre el costo de proporcionar términos de contrato favorables, encuentran que la fracción de compradores que tienen acceso a EULAs es entre uno y dos órdenes de magnitud menos de lo que se requeriría para apoyar a una minoría informada en equilibrio. Mi análisis no ofrece evidencia que el aumento de la accesibilidad o el consentimiento obligatorio por sí mismo podría aumentar el número de lectores lo suficiente como para cambiar esta conclusión. El aumento de la divulgación o el consentimiento obligatorio simplemente no elevaría el número de lectores lo suficiente como para ejercer una presión competitiva sobre los vendedores.

4.2. ¿Se pueden informar los consumidores sin leer el contrato?

Tal vez los consumidores se informen sobre los términos consultando sitios web relevantes, tales como "Consumer Reports", blogs dedicados a exponer a los vendedores con malos términos, o puntos de noticias especializados que podrían discutir el contenido de los términos de los contratos estándar, según Becher y Zarsky [2008]. Bakos, Marotta Wurgler y Trossen [2011] exploras este tema y yo resumo sus resultados. Obtienen una lista de los veinticinco sitios más traficados que probablemente tengan información sobre los términos del EULA. A continuación, revisan las páginas particulares a las que acceden los compradores de cada uno de estos sitios para determinar si buscan información sobre los términos del EULA o la calidad del producto. Ellos encuentran que los compradores accedieron a la información de EULA en sitios de revisión de consumidores en solo tres de 148.552 sesiones con al menos dos páginas visitadas (una definición más inclusiva de visita de compras que la mía). Además, menos de cien compradores accedieron a páginas de noticias con información general sobre productos de software en particular, no necesariamente los productos para los que estaban comprando. Por lo tanto, es poco probable que los compradores estén informados por otras fuentes de Internet. Chari [2010] encuentra que las calificaciones de calidad de software en sitios de revisión populares no están correlacionadas con la calidad del contrato. Pero incluso si algunos compradores consultaran dichos sitios web para informarse, esto no afectaría la conclusión sobre la eficacia de la divulgación por parte de los vendedores.

Otro método de volverse "informado" sin leer es confiar en la reputación de los vendedores al decidir si comprar. De hecho, Bakos, Marotta Wurgler y Trossen [2011] encuentran un apoyo moderado para esta posibilidad; los compradores son ligeramente más propensos a acceder a los EULAs de las empresas más pequeñas que podrían no ser tan bien conocidas por los consumidores. Pero incluso si los vendedores se ven limitados por la reputación, sigue siendo el caso que el mandato de divulgación del contrato no va a cambiar el comportamiento del consumidor. Los vendedores pueden o no ser disciplinados por preocupaciones de reputación, pero no están siendo disciplinados por el mecanismo minoritario informado que el aumento de la divulgación espera crear.

10) Esto podría ser particularmente cierto para los productos de bajo precio. Sin embargo, incluso cuando restrinjo la muestra a productos que cuestan $ 500 o más, el número de lectores de EULA sigue siendo bajo. Los productos más caros de la muestra cuestan varios miles de dólares, por lo que es difícil atribuir el número bajo de lectores de EULA al valor del bien para los productos de este rango. También compruebo si los compradores tienen menos probabilidades de leer los EULA de los productos que tienen más probabilidades de ser comprados repetidamente, como el procesamiento de textos. No encuentro ninguna relación entre la naturaleza del uso del software y la propensión de los usuarios a acceder a los EULAs.

4.3. ¿Se preocupan los consumidores por lo que leen?

Esta sección del artículo, explora una segunda condición necesaria para una efectiva regulación de divulgación: para aquellas personas quienes lean contratos de servicio en este artículo. Esta investigación también tiene implicaciones para un diseño de cualquier propuesta de regulación, para aquellos consumidores que no entienden términos o leyes de una manera que maximice sus intereses propios, la manera en la cual la información convertida necesita ser cambiada. Por ejemplo, los contratos pueden ser simplificado, o escritos en un lenguaje más planificado, o que tengan palabras claves de referencia alta. Yo examino si los consumidores que leen contratos de compradores son consumidores más susceptibles a seleccionar un producto.

4.4. Una Mirada más Cercana al Contenido del Contrato

Refiriéndose al trabajo anterior, yo mido el sesgo de un contrato basado en como este trata veintitrés términos comunes que asignan Derechos y riesgos entre compradores y vendedores. Como se indica en la Tabla 4, esto incluye términos relacionados con la aceptación de la licencia, alcance, restricciones de transferencia, garantías y declinaciones de garantías, limitaciones de responsabilidad, mantenimiento y soporte, y solución de conflictos. Yo mido el relativo entre consumidor y amabilidad de estos términos en contra la relevancia preestablecida en las reglas, es decir, el artículo 2 del Código de Comercio Uniforme. Estas reglas preestablecidas gobiernan las relaciones de las partes contractuales, deberían hacer que falle para especificar un término que es relevante para la disputa.

La tabla 4 enlista cada término indagado en la EULA y como este es puntuado para propósitos de compradores moderados versus vendedores parcializados. Para cada termino esto es más (menos) en favor del comprador que la regla relevante preestablecida, yo añado (sustraigo) un punto. Para cada término que falte o este especificado, pero sustantivamente conecta con la regla preestablecida. No añado nada. Después de todos los términos que han sido considerados, la agrupación representa un simple índice parcializado. Las sumas altamente negativas indican contratos que son relativamente más inclinados hacia el vendedor.

El mejor puntaje de un contrato a favor del vendedor es de -17. Más positivo indica relativamente más contratos a favor del comprador. El mejor puntaje de un contrato a favor del comprador es de +6. Mientras en crudo, esta metodología es objetiva y no requiere información sobre las preferencias de los compradores.

Recibido: 12/07/2017

Aceptado: 29/11/2017

Prof. Florencia Marotta-Wurgler: Profesora de Leyes de la Universidad de New York.

Correo electrónico: wurglerf@exchange.law.nyu.edu

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.

RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837